



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.....

Data:.....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de, cu sediul în, ..., cod poștal ..., Cod de Înregistrare al companiei nr. la Administrația de Industrie și Comerț, reprezentată legal prin dl. și convențional de avocat din cadrul Cabinetului de Avocat ".....", cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură la adresa:, ..., ... privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "PROIECTARE ȘI EXECUȚIE «Drum Expres» Tronsonul", cod CPV 45233100-0, organizată de SA, cu sediul în municipiul, bdul., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

-..... prin care petentul a fost înștiințat că oferta sa a fost exclusă din procedura de atribuire;

-anularea Raportului procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;

-obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu declararea ofertei contestatorului ca fiind acceptabilă prin prisma motivelor dezvoltate în prezenta contestație;

-obligarea autorității contractante la anularea deciziei de admitere și declarare câștigătoare a ofertei ASOCIERII SRL, ofertă care în mod nelegal a fost declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii;

-în subsidiar, în măsura în care Consiliul va considera că Autoritatea Contractantă nu a respectat dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, petentul solicită Consiliului să dispună analizarea faptului că dovezile prezentate de prin îndeplinirea condițiilor de

„condițional non-debarrement" adică NON-EXCLUDERE CONDIȚIONATĂ, sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității societății contestatoare și reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei

.... SRL, în calitate de lider al asocierii SRL, cu sediul în, având CUI și număr înregistrare la Registrul Comerțului, reprezentată legal prin administrator și convențional prin Cabinet de Avocat ".....", cu sediul în municipiul, bd., depune cererea de intervenție nr. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., în cadrul soluționării contestației depusă de, prin care solicită: admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației depusă de

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, precizând următoarele:

La data de 21.08.2019 a fost lansată procedura de atribuire a contractului „Proiectare și Execuție Drum Expres, Tronsonul", iar la data de 24.02.2020 a avut loc depunerea ofertelor.

La data de 30.06.2020 contestatorul a primit din partea Autorității Contractante, prin intermediul SEAP, Comunicările prin care oferta ASOCIERII SRL - SC SRL este declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii cu 100 puncte - adresa nr. 92/39656/30.06.2020, iar oferta sa este declarată admisibilă și clasată pe locul 2 cu 87,43 puncte - adresa nr. 92/39676/30.06.2020, precum și Raportul procedurii înregistrat sub nr. 24/3123/30.06.2020.

Împotriva acestui rezultat atât cât și alți ofertanți au depus contestații, acestea fiind soluționate de Consiliu prin Decizia nr.

Împotriva Deciziei CNSC au fost promovate plângeri, acestea fiind soluționate de Curtea de Apel prin Hotărârea Civilă nr. ... din 16 noiembrie 2020.

În ceea ce-l privește pe contestator, primul rezultat al procedurii îl clasa pe locul 2 în procedură, cu ofertă admisibilă.

De reține că în contestația depusă față de primul rezultat ofertantul, aflat pe locul IV, a criticat și oferta contestatorului, susținând printre altele că a extins și la această societate o sancțiune aplicată altor societăți afiliate, motiv pentru care ar fi sub incidența art. 167 alin. 1 lit. c) din Legea 98/2016 și ar fi trebuit să fie excluși din procedură.

Față de aceste susțineri contestatorul susține că s-a apărut arătând că nu a comis nicio abatere profesională și nu a participat la proiectul pentru care a sancționat alte societăți la care ofertantul este afiliat, subliniind că nu se află sub incidența art. 167 alin. 1 lit. c).

Se arată că prin Decizia nr. din 27.08.2020, Consiliul a respins ca nefondată contestația, precizând despre susținerile acesteia privind oferta contestatorului că „nu mai are nicio relevanță analizarea acestora în

condițiile în care ambele contestații vizând oferta clasată pe primul loc urmează a fi respinse".

.... a reluat aceste critici în cadrul plângerii sale depuse la Curtea de Apel Instanța a soluționat plângerea reținând că: „Sub acest aspect, din înscrisul invocat prin contestație, dar și prin raportare la susținerile intimatei referitor la această critică îndreptată împotriva propriei oferte, Curtea reține că se impune reverificarea modului în care autoritatea contractantă a apreciat că nu subzistă aceste motive de excludere, prin analizarea înscrisului invocat și a împrejurărilor de fapt reținute în cuprinsul acestuia, inclusiv prin raportare la modul de aplicare a dispozițiilor legale invocate prin contestație, în condițiile în care nu se invocă o chestiune pur formală, ci prin raportare la o sursă care poate fi verificată în mod obiectiv, inclusiv prin solicitarea unor clarificări din partea ofertantului cu privire la toate aceste împrejurări de fapt și relevanța acestui document cu privire la capacitatea de a-și îndeplini obligațiile din contractul de achiziție publică, dar și din perspectiva aspectelor concrete invocate referitor la pretinsa incidență a pretensei sancțiuni și asupra societăților afiliate, respectiv dacă în aplicarea prevederilor art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 98/2016, se poate imputa/Impune societății ofertante din prezenta cauză o astfel de cauză de excludere prin raportare la întreaga situația de fapt invocată în susținerea primului motiv de excludere, astfel încât aceste motive de excludere să nu conducă eventual la o înlăturare formală din procedura de atribuire."

Curtea de Apel a decis prin Hotărârea Civilă nr. ... din 16 noiembrie 2020 în ceea ce privește oferta contestatorului, astfel:

„Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de după cum urmează:

- sub aspectul verificării neîncadrării în prevederile art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016.”

În data de 13.01.2021 contestatorul a primit din partea autorității contractante SA solicitarea de clarificări nr. 24/479/13.01.2021 prin care i s-a cerut ca, în urma hotărârii Curții de Apel, să clarifice situația sancțiunii aplicate de

La solicitare contestatorul a răspuns în termenul acordat, clarificând că sancțiunea a fost aplicată de societăților, ... și, aceste societăți fiind participante la procedura de achiziție „Proiectul de îmbunătățire a coridorului de pe autostrada ... din Sancțiunea a fost extinsă și către societatea contestatoare, ca societate afiliată la, în baza regulamentului propriu al

Contestatorul precizează că nu a participat la respectivul proiect și nu a comis nicio abatere profesională, arătând că a probat cele afirmate cu documentul emis de și cu documentul emis de Ministerul Dezvoltării Regionale și Infrastructurii din ... - Departamentul Drumuri, în calitate de Beneficiar al contractului de lucrări (anexa 3 la contestație, pag 5-7).

Contestatorul susține că a arătat de asemenea faptul că în cadrul procedurii „Proiectare și execuție Autostrada ..., Secțiunea 4: ...", din cuprinsul Procesul Verbal intermediar nr. 20 nr. 24/5080/10.08.2020 (Anexa 7 la contestație) întocmit de autoritatea contractantă SA reiese

faptul că aceasta a solicitat direct clarificarea situației sale și, din cunoștințele sale, aceasta a răspuns între timp.

În data de 24.02.2021, contestatorul a primit de la autoritatea contractantă SA, prin intermediul SEAP, Comunicarea rezultatului procedurii nr. 92/15389 din 24 februarie 2021, prin care este înștiințat despre excluderea ofertei sale în baza art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea 98/2016 și declararea acesteia ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 137 alin. 2 lit. b) din HG 395/2016 și respingerea acesteia în baza art. 137 alin. 1 din același act normativ.

Contestatorul a fost de asemenea informat că oferta câștigătoare a procedurii este declarată din nou oferta depusă de ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L.

În acest context, petentul apreciază că această nouă decizie a autorității contractante, atât de excludere a ofertei sale, cât și de declarare câștigătoare a ofertei Asocierii este nelegală și neîntemeiată, astfel că solicită Consiliului ca prin decizia pe care o va pronunța să o anuleze, pentru motivele pe care le va detalia în continuare.

II. În ceea ce privește excluderea din procedură a ofertei contestatorului:

1. Primul motiv de excludere întemeiat pe dispozițiile art. 167 alin. (1) litera c) din Legea nr. 98/2016

Contestatorul afirmă că în data de 05.06.2019 a sancționat societățile, ... și, aceste societăți fiind participante la procedura de achiziție „Proiectul de îmbunătățire a coridorului de pe autostrada ...” din impus o interdicție de participare de 9 luni, care în baza acordului încheiat între cele trei societăți și ... a fost înlocuită cu o perioadă de participare condiționată în perioada 04.03.2020-03.03.2022. De asemenea, în baza regulamentului propriu al au fost incluse și cele 730 de societăți afiliate ..., printre care și societatea contestatoare. Sancțiunea se referă la participarea condiționată a ... și a afiliaților săi EXCLUSIV la procedurile derulate de către (Anexa 3 la contestație, pag 8-15).

Se menționează de către petent că nu este o filială a (....), fiind o societate complet separată, afiliată doar în termeni de acționariat, fapt des întâlnit în mediul de business, având cod de identificare diferit, conducere proprie și autonomie în desfășurarea activității.

Contestatorul face precizarea că sancțiunea impusă de nu a fost aplicată în baza legislației achizițiilor publice în vigoare la nivel european, ci în baza regulamentului propriu al pentru proceduri de achiziție finanțate de aceasta (...). Acest Regulament propriu prevede extinderea sancțiunilor aplicate și către societățile afiliate unei societăți participante ce a înregistrat sancțiuni. Această prevedere nu se regăsește în legislația în vigoare la nivel european în domeniul achizițiilor publice și nici în legislația română specifică achizițiilor publice.

Așa cum se poate constata din documentul emis de atașat la contestație, sancțiunea a fost aplicată ca urmare a unui Agreement de Soluționare încheiat între și Acest document impune respectarea de către și afiliații săi a unui set de reguli, care odată respectate, respingerea oricărei societăți menționate în document de la proceduri organizate de nu se impune.

Contestatorul susține că nu a participat la procedura de achiziție din și, de altfel, la niciun alt proiect în

În dovedirea acestui fapt atașează confirmarea emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Infrastructurii din - Departamentul Drumuri, depusă deja la SA. (Anexa 7 la contestație)

În concluzie, petentul afirmă că a clarificat faptul că nu a participat la procedura „Proiectul de îmbunătățire a coridorului de pe autostrada” în, nu a comis nici o faptă legată de această procedură sau de oricare alta, care să ducă la excluderea sau sancționarea sa, iar dacă ar fi dorit sau dorește să participe la orice procedură organizată de în acest moment poate face aceasta fără nici o interdicție sau excludere.

Referitor la încadrarea în motivele de excludere prevăzute la art. 167 lit. c):

“(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;”

În ceea ce privește noțiunea de „abatere profesională gravă” contestatorul învederează în primul rând, considerentul 101 paragrafele 2 și 3 din Directiva 24/2014 privind achizițiile publice:

„Ținând seama de faptul că autoritatea contractantă va fi responsabilă pentru consecințele eventualei sale decizii eronate, autoritățile contractante ar trebui, de asemenea, să dispună în continuare de libertatea de a considera că a existat o abatere profesională gravă, în cazul în care, înainte de luarea unei decizii finale și obligatorii privind prezența motivelor obligatorii de excludere, pot demonstra, prin orice mijloace adecvate, că operatorul economic a încălcat obligațiile care îi revin, inclusiv obligațiile legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale, cu excepția unor dispoziții contrare dreptul intern. Acestea ar trebui, de asemenea, să fie în măsură să excludă candidați sau ofertanți a căror performanță în alte contracte de achiziții publice din trecut a arătat deficiențe majore în ceea ce privește cerințele de fond, de exemplu, nerespectarea obligației de a furniza sau de a executa, deficiențe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic. Legislația națională ar trebui să prevadă o durată maximă pentru aceste excluderi.

Atunci când aplică motive facultative pentru excludere, autoritățile contractante ar trebui să fie atente în mod special la principiul proporționalității. Neregulile minore ar trebui să ducă la excluderea unui operator economic doar în circumstanțe excepționale. Cu toate acestea, cazurile repetate de nereguli minore pot arunca asupra fiabilității unui operator economic un dubiu care ar putea justifica excluderea lui.”

Așadar, abaterile sau neregulile, chiar minore fiind, trebuie să fie în legătură directă cu activitatea operatorului economic, iar sancțiunea aplicată trebuie să respecte principiul proportionalității.

Mai mult chiar, pentru a clarifica noțiunea de „abateri profesionale grave” contestatorul invocă Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene (Camera a treia) din 13 decembrie 2012, pronunțată în cauza C-465/11 Forposta SA și ABC Direct Contact sp. z o.o. împotriva Poczta Polska SA, din care citează:

„26 În consecință, noțiunile „abateri profesionale grave”, care figurează la articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) menționat anterior pot fi precizate și detaliate în dreptul național, cu respectarea totuși a dreptului Uniunii.

27 În această privință, trebuie arătat că, astfel cum susține în mod întemeiat guvernul polonez, noțiunea „abateri profesionale” acoperă orice comportament culpabil care afectează credibilitatea profesională a operatorului în cauză, iar nu numai încălcările normelor de deontologie în sensul strict al profesiei căreia îi aparține acest operator, care ar fi constatate de organul disciplinar prevăzut în cadrul acestei profesii sau printr-o decizie jurisdicțională cu autoritate de lucru judecat.

28 Astfel, articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 conferă autorităților contractante competența să constate o abatere profesională prin orice mijloace pe care acestea le pot justifica. În plus, spre deosebire de același paragraf litera (c), nu este necesară o hotărâre cu autoritate de lucru judecat pentru constatarea unei abateri profesionale în sensul dispoziției care figurează la paragraful menționat litera (d).

29 În consecință, nerespectarea de către un operator economic a obligațiilor sale contractuale poate, în principiu, să fie considerată drept abatere profesională.

30 Cu toate acestea, noțiunea „abateri grave” trebuie să fie înțeleasă ca referindu-se în mod normal la un comportament al operatorului economic în cauză care denotă o intenție culpabilă sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa. Astfel, orice executare incorectă, imprecisă sau defectuoasă a unui contract sau a unei părți din acest contract poate demonstra eventual o competență profesională limitată a operatorului economic în cauză, dar nu echivalează în mod automat cu o abatere gravă.

31 În plus, constatarea existenței unei „abateri grave” necesită, în principiu, efectuarea unei aprecieri concrete și individualizate a atitudinii operatorului economic în cauză.”

Așadar noțiunea de „abateri profesionale grave” este strict referitoare la comportamentul operatorului economic în cauză, vizat de o eventuală excludere dintr-o procedură de achiziție publică.

După cum se poate observa, petentul opinează că situația unei societăți ce nu a comis nicio abatere profesională, afiliată însă unei alte societăți ce a comis abateri profesionale, nu este reglementată de art. 167 lit. c) sau lit. h) ca potențială situație de excludere. Toate situațiile mai sus descrise țin de persoana ofertantului.

Se apreciază că excluderea contestatorului din procedură este o măsură care încalcă principiul proporționalității, fiind vădit

disproporționată, cu atât mai mult cu cât, în acest moment, ofertantul poate participa la orice procedură de achiziție organizată de, adică exact instituția ce a aplicat inițial sancțiunea.

Așa cum reiese din documentul emis de, sancțiunea aplicată inițial de aceasta a fost valabilă timp de 9 luni, în perioada 05.06.2019-04.03.2020. În acest interval, ... și cele 3 societăți din participante la proiectul din au încheiat un Acord de Soluționare, prin care societățile se obliga să respecte un set de reguli impuse de instituția financiară și au participat la cursuri organizate de aceasta. Începând cu data de 04.03.2020 și până la 03.03.2022, cele 3 societăți și afiliații lor, printre care și societatea contestatoare, se află sub supraveghere și pot participa la orice procedură de achiziție organizată de

Din documentul emis de reiese faptul că în această perioadă (04.02.2020-03.03.2022) se discută de „condițional non- debarment” adică NON-EXCLUDERE CONDIȚIONATĂ.

Contestatorul nu înțelege astfel cum poate fi exclus de la prezenta procedură în condițiile în care nici măcar nu îl exclude de la procedurile organizate de aceasta.

Mai mult decât atât, în conformitate cu art. 171 (1) și (2) din Legea nr. 98/2016: „ART. 171

(1) *Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.*

(2) *În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă NU EXCLUDE operatorul economic din procedura de atribuire.*

(3) *Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.”*

De asemenea DIRECTIVA 2014/24/UE, art. 57, prevede:

„(6) Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție”.

Contestatorul susține că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, a arătat și demonstrat cu documentele aferente faptul că:

- Nu a comis vreo abatere profesională;
- Sancțiunea aplicată de a fost aplicată altor societăți ce a comis abateri și extinsă către societatea contestatoare ca societate afiliată;
- Între timp au fost luate toate măsurile de corectare de către societățile sancționate, măsuri dovedite care prin Acordul de Soluționare a ridicat sancțiunea excluderii și a înlocuit-o cu măsura non-excluderii condiționate;
- În prezent poate participa la orice procedură de achiziție organizată sau finanțată de, respectând termenii Acordului cu aceasta;
- A respectat toate prevederile legislației privind achizițiile publice din România și Uniunea Europeană și a prezentat o ofertă admisibilă, așa cum chiar comisia de evaluare a constatat.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă trebuie să țină cont de explicațiile furnizate și, în cel mai rău caz să facă aplicarea art. 171 din Legea 98/2016 și nu să excludă oferta sa din procedură.

Petentul învederează Consiliului că autoritatea contractantă SA a realizat deja verificări privind situația sa direct către, încă din luna august 2020.

Așa cum reiese din Procesul Verbal intermediar nr. 20 nr. 24/5080/10.08.2020 din cadrul procedurii de achiziție publică „Proiectare și execuție Autostrada ..., Secțiunea 4: ...” comisia de evaluare a solicitat să clarifice această situație. Din informațiile primite de autoritatea contractantă de la acest răspuns a clarificat situația contestatorului în totalitate.

Ofertantul consideră a fi oportun pentru soluționarea cauzei ca Consiliul să solicite Autorității Contractante depunerea la dosarul cauzei a răspunsului primit de aceasta de la, cu privire la capacitatea sa de a-și îndeplini obligațiile din contractul de achiziție publică cât și confirmarea faptului că societatea contestatoare poate participa oricând la procedurile organizate de

Lipsa incidenței al acestor sancțiuni aplicate afiliaților în raport cu legislația românească și cu cea europeană din perspectiva aspectelor concrete în aplicarea prevederilor art. 167 din Legea nr. 98/2016 este certă în opinia petentului și nu poate conduce la o eventuală înlăturare formală din procedura de atribuire.

De asemenea, contestatorul arată că în cadrul unui alt litigiu, respectiv cel aferent procedurii de achiziție „Proiectare și execuție Drum Expres ...” în Punctul de vedere al Autorității contractante SA referitor la critica cu privire la sancțiunea aplicată aceasta a confirmat că acestea nu pot fi luate în considerare deoarece: *„autoritatea contractantă apreciază că este irelevantă în contextul în care fondurile alocate acestui proiect nu sunt finanțate de către, iar „înțelegerea amiabilă” încheiată*

între și o altă societate decât cea aflată în prezenta procedură la care face trimitere contestatoarea nu este aplicabilă acestei proceduri de achiziție".

Se menționează că în cuprinsul Comunicării nr. 92/15389 din 24 februarie 2021 de excludere a ofertei contestatorului, autoritatea contractantă nu explică de ce răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări nu a fost concludent și de ce nu a reținut susținerile sale, deși cu puțin timp în urmă le confirma, așa cum a arătat mai sus.

În schimb, petentul remarcă faptul că Autoritatea invocă o altă Hotărâre civilă, nr. ..., cea pronunțată de Curtea de Apel în alt dosar, cel referitor la procedura Proiectare și Execuție km 0+000-km 100+900, Sector ... km 0+000-km 52+ 770, Lot 1: km 2+500-km 20+000.

Prin această Hotărâre Curtea de Apel a decis că: „obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 167 alin. 1 lit. c) și h) și art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea 98/2016".

Se arată că în motivarea hotărârii există o eroare materială și anume faptul că societatea contestatoare a fost confundată cu societatea (....), societate ce a fost sancționată direct de și care a participat direct la proiectul din și a comis abateri în cadrul acestuia. Petentul susține că împotriva acestei hotărâri a Curții de Apel a formulat contestație în anulare.

Contestatorul afirmă că dintr-o regretabilă eroare materială, instanța a preluat din plângerea formulată de către ofertantul, o denumire generică de „ofertantul".

În primul rând, petentul subliniază că nu este „ofertantul", este, ofertant situat pe locul al II-lea în clasamentul final realizat de către comisia de evaluare a autorității contractante pentru Procedura de atribuire având ca obiect "Proiectare și Execuție km 0+000 - km 100+900, Sector km 0+000 - km 52+770, Lot 1: km 2+500 - km 20+000".

Eroarea materială este născută din confuzia de denumire a companiilor implicate în proiectul din finanțat de, respectiv:

.... ..,
.... .. și
.... .. (...)
...

toate aceste companii (denumite în continuare „cele trei companii”) având sediul social la adresa:, ..., spre deosebire de contestator care are sediul în ..., cod de înregistrare al companiei nr. ... la Administrația de Industrie și Comerț ...

Cele trei companii mai sus enumerate se fac vinovate de încălcarea art. 1.16 (a) (ii) din Ghidul „Achiziții de bunuri, lucrări și servicii de non-consultanță în cadrul creditelor BIRD și credite IDA & GRANTURI de către debitorii" (Anexa nr. 4 la contestație, pag 12) și nu de către

Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 stabilesc faptul că o autoritate contractantă poate dispune măsura excluderii unui

oferant dintr-o procedură de achiziție publică dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

-a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea;

-autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

Contestatorul, ... învederează că nu a comis nici o abatere profesională gravă care să îi pună în discuție integritatea și nici nu există vreo decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative care să constate o astfel de abatere în privința sa.

Sanțiunea impusă de către cu privire la cele trei companii: (....), și filialele sale în întregime, ... (...) și (..) .. (.... ..) este „condițional non-debarment” pentru încălcarea art. 1.16 (a) (ii) din Ghidul

Potrivit „Regimul de sancțiuni al grupului” (anexa 6, pag 7), „condițional non-debarment” înseamnă:

„Conform acestei sancțiuni, partea sancționată nu este exclusă (din procedurile organizate de în proiectele pe care le finanțează - s.n.), cu condiția ca partea sancționată (cele trei companii, NU - s.n.) să respecte anumite condiții definite într-un interval de timp stabilit. ICO (responsabilul conformității cu integritatea - s.n.) stabilește dacă o parte sancționată a îndeplinit condițiile stabilite.”

Așadar, ... nu se face vinovată de nici o abatere profesională gravă care să reprezinte orice abatere ce „afectează reputația profesională a operatorului economic”, în condițiile legii.

Faptul că, potrivit documentului „Regimul de sancțiuni al grupului”, sanțiunea aplicată celor trei companii s-a extins și asupra subsidiarelor (afiliatei) acestora nu este de natură în opinia petentului să atragă incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) litera c).

2. Al doilea motiv de excludere întemeiat pe dispozițiile art. 167 alin. (1) litera h) din Legea nr. 98/2016

Art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016, prevede că:

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”.

În absența unei motivări exprese cu privire la incidența acestui motiv de excludere, contestatorul presupune că „declarațiile false” ar fi fost necompletarea DUAЕ cu privire la existența unei abateri profesionale grave.

Nesăvârșind nici o abatere profesională gravă, contestatorul susține că nu avea cum să completeze DUAЕ, în sistemul electronic (SEAP), la rubrica „Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave” cu altă opțiune decât NU.

În măsura în care ar fi completat cu DA, sistemul SEAP ar deschide o fereastră nouă în care ofertantul ar fi trebuit să completeze informații cu privire la abaterea gravă profesională pe care ar fi săvârșit-o. Această abatere neexistând, contestatorul a bifat în mod normal NU.

În argumentarea acestei susțineri, contestatorul invocă și Cauza C-387/19 RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norre-Behaegel împotriva Vlaams Gewest, citând din concluziile Procurorului General:

„90. Situația este diferită atunci când, ca urmare a întinderii noțiunii „abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa”, operatorul economic nu poate determina cu certitudine dacă unul dintre comportamentele sale din trecut poate fi calificat ca atare. În acest sens, instanța de trimitere arată în mod corect că, având în vedere marja largă de apreciere de care dispune autoritatea contractantă în vederea analizării sale [considerentul (101) al Directivei 2014/24], nu va fi întotdeauna ușor de stabilit dacă există acel motiv de excludere.

91. În această ipoteză, în cazul în care calificarea comportamentului drept abatere gravă nu este previzibilă pentru ofertantul afectat, acestuia nu i se poate solicita să o menționeze în oferta lui sau în DEAU. Astfel, autoritatea contractantă, căreia îi revine în final sarcina de a „demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa”, este cea care trebuie să acorde ofertantului posibilitatea de a invoca aspectele pe care le consideră oportune privind abaterea respectivă.”

Având în vedere aceste motive, Curtea reține în dispozitiv:

„Pentru aceste motive, Curtea (Camera a patra) declară:

1) Articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul delegat (UE) 2015/2170 al Comisiei din 24 noiembrie 2015, trebuie interpretat în sensul că se opune unei practici în temeiul căreia un operator economic este obligat să facă în mod spontan, la momentul depunerii cererii sale de participare sau a ofertei sale, dovada măsurilor corective luate pentru a demonstra fiabilitatea sa. În pofida existentei în privința sa a unui motiv facultativ de excludere prevăzut la articolul 57 alineatul (4) din această directivă, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul delegat 2015/2170, în condițiile în care o asemenea obligație nu rezultă nici din reglementarea națională aplicabilă, nici din documentele achiziției. În schimb, articolul 57 alineatul (6) din directiva menționată, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul delegat 2015/2170, nu se opune unei asemenea obligații atunci când este prevăzută în mod clar, precis și neechivoc în reglementarea națională aplicabilă și este adusă la cunoștința operatorului economic în cauză prin intermediul documentelor achiziției.

2) Articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul delegat 2015/2170, trebuie interpretat în sensul că produce efect direct.”

În concluzie, așa cum a arătat pe larg mai sus, contestatorul opinează că societatea sa nu se află în niciuna din situațiile descrise de art. 167 din Legea 98/2016:

-Sancțiunea viza acțiunile altor 3 companii;

-NU a comis nicio abatere profesională;

-NU se face vinovat de declarații false și nici NU se află în altă situație de excludere;

- Are deplină capacitate de îndeplinire a obligațiilor contractuale;
- Situția sancțiunii a fost cunoscută și verificată de altfel la nivelul SA oferta sa fiind declarată admisibilă și clasată pe locul 2;
- Sancțiunea către este de „condițional non-debarment” adică NON-EXCLUDERE CONDIȚIONATĂ, putând participa oricând la proiectele finanțate de către;
- este un Organism Financiar Internațional nu autoritate administrativă;
- Sanctiunea excluderii pe baza sancționării unei alte companii din același grup nu respectă principiul proportionalității așa cum este statuat foarte clar în Considerentul 101 paragraful 3 din Directivă.

III. În ceea ce privește faptul că oferta Asocierii trebuia exclusă din procedură:

Contestatorul susține că atât criticile sale, cât și cele ale, referitoare la oferta Asocierii au fost admise în parte de Curtea de Apel, care a decis prin Hotărârea Civilă nr. ... din 16 noiembrie 2020 următoarele:

„Admite plângerile formulate de petentele, ...

Modifică în parte decizia CNSC.

În rejudecarea contestațiilor formulate de, ...

Admite în parte contestațiile formulate de și

Anulează în parte raportul procedurii de atribuire emis sub nr. 24/3123/30.06.2020, adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 69656/30.06.2020 (pentru ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L.), nr. 39676/30.06.2020 (pentru), nr. 39675/30.06.2020 (pentru ...), nr. 39673/30.06.2020 (pentru), nr. 39663/30.06.2020 (pentru) și procesul-verbal de evaluare nr. 24/2172/04.06.2020 în ceea ce privește punctajul obținut de pentru componenta tehnică -I Perioada de garanție a lucrărilor.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L., după cum urmează:

- *modul de îndeplinire a cerinței referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, Ut. b);*
- *cerința privind experiența similară în proiectare;*
- *justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier;*
- *reevaluarea punctajului acordat pentru personalul cheie pentru serviciile de proiectare,*
- *reevaluarea punctajului acordat factorului de evaluare vizând perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani.”*

1. Contestatorul învederează că cerința referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, lit. b) nu a fost îndeplinită de către Asocierea:

În motivarea hotărârii, Curtea de Apel a reținut următoarele:

„nu are relevanță faptul că pentru îndeplinirea acestei cerințe de calificare ofertantul desemnat câștigător a depus angajamentul ferm al terțului susținător cu privire la cifra de afaceri anuală generală, respectiv faptul că au fost atașate ofertei situațiile financiare sau extrase din

situațiile financiare pentru anii 2016, 2017 și 2018 din care ar rezulta îndeplinirea nivelului minim solicitat al cerinței privind situația economică și financiară, conform celor reținute de autoritatea contractantă și CNSC, ci și de a se indica în concret care sunt resursele financiare pe care tertul le va mobiliza în cazul în care ofertantul întâmpina di ficul ta ti pe parcursul derulării contractului sau se va afla în imposibilitatea derulării contractului tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și tertul sustinator prin angajamentul ferm, prin prezentarea unor documente în sensul ca deține toate resursele invocate ca element de susținere a ofertantului, documente care urmează a fi încărcate în SEAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta, și vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii."

„....având în vedere și prevederile art. 182 alin. 3 și alin. 4 din același act normativ, potrivit cărora "în cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terti, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante ca a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea tertului/tertilor.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către tertul/terții sustinator/sustinatori, din care să rezulte modul efectiv prin care tertul/terții sustinator/sustinatori va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

„Prin urmare, tocmai în aplicarea acestor dispoziții legale, Curtea constată că revenea comisiei de evaluare obligația de a verifica oferta contestată prin aplicarea strictă a cerinței minime de calificare astfel cum chiar autoritatea contractantă a stabilit-o și a descris-o, devenind obligatorie în integralitate din această perspectivă inclusiv pentru acest ofertant și urmând a fi aplicată întocmai, prin raportare la fiecare dintre cerințele specifice impuse pentru dovedirea îndeplinirii 'acesteia, în caz contrar existând riscul încălcării principiilor transparenței și egalității de tratament între ofertanți prevăzute de disp. art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016."

Curtea a indicat autorității contractante că are obligația verificării ofertei în cauză prin raportare strictă la propriile cerințe de calificare, astfel cum au fost impuse tuturor ofertanților și că are obligația de a asigura respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 în sensul celor reținute anterior.

În fața CNSC și a Curții de Apel Asocieria a susținut că tertul susținător îi va pune la dispoziție ofertantului în cadrul Propunerii Tehnice, la cap. Organizarea de șantier (pg. 943 și următoarele) prin intermediul unui antecontract de închiriere nr. 2632/21.10.2019 locația de 10.000 mp, situat în localitatea ..., nr. cadastral ... pentru organizarea de șantier, respectiv, potrivit susținerilor aceluiași ofertant, deși SRL a

fost nominalizat drept terț susținător pentru îndeplinirea criteriului de calificare privind cifra de afaceri anuală totală pentru anii 2016, 2017 și 2018, iar nu pentru execuția lucrărilor sau plata acestora, totuși, astfel cum rezultă din certificatul de furnizare de informații emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului și existent la dosarul achiziției, terțul susținător ... SRL are în obiectul său de activitate atât lucrări speciale de construcții, cât și activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea.

Apreciază contestatorul că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta pe considerentele enunțate de Curtea de Apel, nu să o declare din nou câștigătoare a procedurii.

Astfel, Curtea a indicat clar SA că trebuie să respecte principiile transparenței și egalității de tratament între ofertanți, nu să permită completarea documentelor ce inițial nu au fost depuse de Asocieria În Angajamentul de susținere sau în documentele atașate acestuia prezentate de tertul susținător nu s-a regăsit nicio indicație concretă a modalității în care terțul va asigura susținerea sa, nicidecum indicarea concretă a resurselor financiare pe care terțul le va mobiliza.

Apărările furnizate de Asocieria în fața CNSC și Curții sunt ridicele în viziunea petentului, faptul că îi pune la dispoziție un teren în baza unui ANTEcontract de ÎNCHIRIERE, care nu a fost menționat nicăieri în documentele de susținere, nu are nicio relevanță. În speță se discută de un antecontract nu de un contract, ceea ce nu garantează că acel contract se va semna, și de o închiriere, adică Asocieria va plăti pentru spațiul pus la dispoziție. Contestatorul susține că nu există nicio legătură între acest antecontract și susținerea pentru cifra de afaceri, unde trebuia să se discute de resurse financiare pentru buna ducere la îndeplinire a contractului de achiziție publică cu o valoare semnificativă, mult mai mare decât cifra de afaceri a așa-zisului terț susținător.

Faptul că terțul susținător are în obiectul de activitate atât lucrări speciale de construcții, cât și activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, contestatorul apreciază că nu este relevant având în vedere că acesta trebuie să asigure susținere în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți legate de capacitatea economică și financiară, nu de capacitatea tehnică și profesională.

Conform documentelor prezentate de terțul susținător acesta are ca cifra de afaceri:

- 50.114.290 lei la nivelul anului 2016;
- 66.600.375 lei la nivelul anului 2017;
- 65.099.947 lei la nivelul anului 2018.

Oferta financiară a Asocierii la procedură a fost de 617.080.915,60 lei, adică de 10 ori mai mare decât cifra de afaceri anuală a tertului susținător. Acesta nu a demonstrat sub nicio formă cum ar putea susține realizarea plăților din cadrul contractului, în cazul în care Asocieria întâmpina dificultăți. Este clar din chiar documentele depuse de terț că acesta nu are capacitatea de a susține nici pe departe un contract de asemenea anvergură.

Deși Curtea de Apel a indicat clar autorității contractante că nu trebuie să încalce principiile egalității de tratament:

Astfel, în cauza C 324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, cu participarea Remondis sp. z O.O, MR Road Service sp. z O.O, CJUE s-a pronunțat în sensul că: Astfel, pe de o parte, principiile egalității de tratament și nediscriminării impun ca ofertantii să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implica, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertantii. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligență să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014. Cartiera deil'Adda. C -12113.

EU:C:2014-2315, punctul 44 și jurisprudența citată)."

.... a permis Asocierii să vină cu completări pentru a îndeplini acest criteriu minim de calificare, respectiv capacitatea economică și financiară, favorizarea Asocierii fiind clară în acest caz.

2. Contestatorul susține că cerința privind experiența similară în proiectare nu a fost îndeplinită de Asocierea:

În motivarea hotărârii, Curtea de Apel a reținut următoarele:

„Sub acest aspect, Curtea reține că autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei desemnate câștigătoare, referitor la modul de îndeplinire a acestei cerințe minime de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională sub forma experienței similare, iar CNSC a confirmat această modalitate de evaluare, fără însă a se prezenta modul concret în care a verificat îndeplinirea acestei cerințe sub aspectele menționate anterior, apreciindu-se că proiectarea aferentă contractului urmează a fi realizată de asociatul SC ... SRL, fiind luate în considerare certificatul ONRC depus pentru operatorul economic SC (membru al asocierii), din care ar rezulta că acesta deține CAEN-ul specific activității de proiectare, respectiv 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, respectiv faptul că asociatul SC ar deține, de asemenea, Certificatele RO ... și RO ..., emise de Societatea Română pentru Certificare ROCERT care se regăsesc în dosarul achiziției, respectiv, că în ceea ce privește faptul că inginerii proiectanți prezenți în oferta asocierii ... SRL - SC SRL și pe baza cărora asocierea a primit punctajul maxim (... a obținut 6 puncte fiind propusă ca Șef echipă proiectare; ... a obținut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de drumuri; ... a obținut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de poduri; ... a obținut 3 puncte fiind propus ca Inginer proiectant lucrări de consolidare) aparțin tertului sustinator SC SRL nu ar contraveni niciunei prevederi legale, pentru acești patru experți fiind depuse declarațiile de disponibilitate, iar astfel, s-a reținut că asocierea ... SRL - SC SRL a probat îndeplinirea cerinței privind experiența similară în proiectare apelând (pentru îndeplinirea din punct de vedere valoric) la susținerea tertului SC SRL

care nu a fost declarat subcontractant întrucât proiectarea va fi asigurată de asociatul SC SRL sau de ...

„Acest raționament însă nu corespunde dispozițiilor din documentația de atribuire și din prevederile legale amintite având în vedere că implicarea susținerii unui terț în dovedirea îndeplinirii cerinței minime referitoare la experiența similară nu este una pur formală, respective, exclusiv prin raportare la valoarea contractelor în care a participat terțul susținător în acest domeniu, ci în considerarea acestor cerințe/dispoziții general obligatorii în aceeași măsură pentru autoritatea contractantă și pentru toți ofertanții din cadrul procedurii de atribuire, prin dovedirea prin prezentarea unor documente în acest sens, atașate angajamentului ferm al terțului susținător a resurselor concrete puse la dispoziția ofertantului/asocierii ofertant pentru depășirea unor eventuale dificultăți în executarea sau finalizarea lucrărilor de proiectare, din această perspectivă neavând relevantă faptul că asocierea ofertant a inclus în ofertă documente referitoare la propria capacitate de executare a acestor lucrări de proiectare conform celor reținute de autoritatea contractantă și CNSC, ci și alte împrejurări rezultând din oferta acestei asocieri, respectiv faptul că aceste resurse trebuie indicate în mod concret, atât pentru asocierea ofertant sau membrii acesteia, cât și pentru terțul susținător, iar sub acest aspect se constată că asocierea în cauză a invocat ca resurse documente care ar atesta capacitatea privind desfășurarea acestei activități de proiectare, invocând în același timp resurse umane care fac trimitere la personalul aparținând în fapt terțului susținător. În privința căruia au fost depuse declarații de disponibilitate.

Prin urmare, este necesar ca autoritatea contractantă să se asigure, în considerarea respectării tuturor principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, dar și a cerințelor proprii impuse în mod egal și transparent pentru toți ofertanții, că într-adevăr oferta asocierii în cauză respectă întocmai aceste cerințe, inclusiv sub aspectul experienței similare în proiectare, prin raportare la dovezile depuse în acest sens invocate în sprijinul acestei experiențe, dar și la modul în care aceste lucrări invocate ca experiență similară au fost finalizate, astfel încât resursele utilizate pentru experiența similară fie să se afle la dispoziția ofertantului, chiar și prin depunerea declarațiilor de disponibilitate sau în alt mod permis de FDA, fie, alături de propriile resurse ale asocierii ofertant, inclusiv resursele concrete utilizate de terțul susținător care atestă și posibilitatea concretă de a face dovada experienței similare invocate cu acest titlu prin prisma lucrărilor anterior executate, astfel încât experiența invocată să reprezinte într-adevăr capacitatea ofertantului asociere de a finaliza contractul în acest domeniu.”

Similar situației apărute la capacitatea economică și financiară, și în cazul capacității tehnice și profesionale, contestatorul remarcă faptul că autoritatea contractantă a acceptat completarea documentelor inițial depuse de către Asocierea, când de fapt trebuia să respingă oferta deoarece terțul nu a indicat și nu a demonstrat cum va asigura susținerea efectivă. Asocierea nu a demonstrat ce resurse îi va pune la dispoziție terțul, în cazul în care va întâmpina dificultăți în executarea contractului și nu a demonstrat în ce manieră va beneficia de participarea experților nominalizați la executarea contractului, având în vedere că

aceștia sunt angajați ai terțului susținător, dar au prezentat și declarație de disponibilitate.

În cazul în care va achita către prestația acestora atunci este, așa cum a susținut contestatorul, un subcontractant mascat, nedeclarat. În cazul în care va angaja direct acești experți, atunci susținerea acordată de devine nulă, acest terț indicând ca manieră de susținere participarea acestor experți, doar la nevoie, nu efectiv în contract.

Cu toate aceste inadvertențe semnalate de contestator, autoritatea contractantă declară din nou câștigătoare oferta Asocierii

Așa cum a arătat contestatorul, declarația de disponibilitate a acestor experți este nulă, având în vedere că aceștia sunt deja implicați în numeroase alte contracte, deja semnate de Asocierea

Această asociere a câștigat recent nu mai puțin de 8 (opt) contracte la SA. În ofertele depuse pentru câștigarea acestor contracte au fost nominalizați exact aceiași experți, care au obținut punctaj în toate procedurile de achiziție, deși este clar că nu pot, fizic, să activeze în toate contractele pentru care au fost nominalizați.

Se arată că autoritatea contractantă încalcă astfel grav egalitatea de tratament pemițând Asocierii să câștige cu o ofertă neconformă cerințelor pe care chiar SA le-a enunțat clar și pe care le-a aplicat altor ofertanți în mod drastic.

3. Contestatorul învederează că Asocierea nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier:

În motivarea hotărârii, Curtea de Apel a reținut următoarele:

„Din această perspectivă, Curtea reține că nici CNSC, dar nici autoritatea contractantă nu au combătut susținerile petentei-contestatoare potrivit căroră:

-din „Analiza comparativa preturi unitare depuse de primii 4 ofertând cu preturile cele mai mici” (fișier PV TEHNIC CONFORMITATE FINANCIAR- ANEXA 2) rezulta că pentru Activitatea 15 Organizarea de șantier” ASOCIEREA a oferat suma totala de 360.000 lei.

-În „PV TEHNIC CONFORMITATE FINANCIAR” Autoritatea Contractanta a consemnat cum a justificat Asocierea SRL - SC SRL costul pentru organizarea șantierului, respectiv .. Ofertantul a prezentat costurile organizării de șantier compusă din valoarea chiriei lunare, consum de energie, materiale consumabile, utilitățile si respectiv diverse si neprevăzute”

-În răspunsul la solicitarea de clarificări cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut ASOCIEREA prezintă următorul tabel (pag. 318 din justificarea prețului „Doc. partea 2 CP4” - Anexa 3), astfel încât ASOCIEREA in răspunsul la solicitarea de clarificări a justificat cei 360.000 lei ofertați cu cheltuieli în valoare de 1.250.000 lei, prezentând astfel o sumă mai mare si diferita de suma ofertată, situație de care CNSC si autoritatea contractantă nu au ținut cont”.

„Mai mult, a susținut petenta că în motivarea deciziei atacate Consiliul se limitează la a constata că în justificarea valorii scăzute a organizării de șantier, ofertantul a indicat faptul că are încheiat un antecontract de închiriere nr. 2632/21.10.2019 din care rezultă că

promitentul locator deținea mai multe imobile - terenuri și clădiri - în localitatea Pitești, str. Depozitelor nr. 38, obligându-se că dacă va fi declarat câștigător, va asigura folosința asupra imobilului respectiv, cu o suprafață de 10.000 mp (din suprafața totală deținută de 34.637 mp)" fără însă a înlătura motivat argumentațiile invocate de petenta contestatoare și faptul că doar prețul chiriei ar fi aproape dublu față de valoarea oferită pentru întreaga Activitate 15 „Organizarea Șantierului”, aspecte a căror verificare se impune prin reevaluarea ofertei financiare din această perspectivă. În condițiile în care autoritatea contractantă avea obligația de a verifica conform disp. art. 210 din Legea nr. 98/2016 dacă într-adevăr ofertantul în cauză ar fi justificat în mod corespunzător oferta inițială costurile aferente acestei părți a ofertei financiare.

Din aceeași perspectivă se constată că deși intimitatea-asociere a invocat o simplă eroare strict formală și absolut nesemnificativă atât în economia de mii de pagini a ofertei intimei, cât și a procedurii, al cărei clasament și rezultat nu ar fi alterate în nici un fel, având în vedere disp. art. 134 alin. 6- 11 din HG nr. 395/2016 a căror aplicare nu a fost verificată în concret în cadrul activității de evaluare a ofertei financiare, din perspectiva criticilor invocate, nici de autoritatea contractantă, dar nici de CNSC, dispoziții potrivit cărora „în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin.(1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

Totodată, Curtea de Apel a atras atenția asupra următoarelor:

„-Principiul egalității impune în special ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții;

-Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului.”

Afirmația Asocierii că este vorba despre o eroare tehnică minoră nu se poate susține în opinia contestatorului, întrucât eroarea nu a apărut în oferta tehnică ci în oferta financiară, unde nu se acceptă modificarea niciunui preț unitar, cum este cel pentru organizarea de șantier, ci doar a prețului total, în cazul unor erori aritmetice clare.

În realitate, contestatorul susține că Asocieria a oferit un preț neobișnuit de scăzut, iar la verificarea acestuia a eșuat în a furniza o explicație concludentă, depunând documente clare, semnate chiar de ea, din care rezultă că de fapt costurile sunt de cel puțin 4 ori mai mari decât valoarea pe care a înscris-o în oferta financiară.

Se reține că Autoritatea contractantă a permis modificarea de către Asocieria a ofertei și a acceptat o justificare clar defectuoasă, fapt prin care a favorizat acest ofertant cu scopul de a îi atribui din nou contractul de achiziție publică.

4. Contestatorul afirmă că Curtea de Apel a dispus reevaluarea punctajului acordat pentru personalul cheie pentru serviciile de proiectare pentru oferta Asocierii:

În Hotărâre s-a reținut că:

„Cu referire la susținerea potrivit căreia "nu se regăsesc în cadrul ofertei și nici în expunerea de motive a C.N.S.C., indicii cu privire la nominalizarea personalul cheie propriu al ofertantului pe care acesta îl va mobiliza în vederea realizării serviciilor de proiectare, personal ce constituie unul din factorii principali de punctare a ofertei tehnice și de evaluare a conformității acesteia cu Cerințele Beneficiarului. Or, însuși Consiliul se contrazice cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor de către ofertantul câștigător și nu recunoaște omisiunea acestuia de a declara societatea S.A. atât terț susținător, cât și ca subcontractant.", Curtea constată că este fondată din perspectiva modului în care autoritatea contractantă a acordat pentru oferta desemnată câștigătoare punctajul aferent factorului de evaluare.

Astfel cum s-a susținut de autoritatea contractantă, dar și prin decizia atacată, inginerii proiectanți prezentați în oferta asocierii ...SRL - SC SRL și pe baza cărora asocierea a primit punctajul maxim (... a obținut 6 puncte fiind propusă ca Șef echipă proiectare; ... a obținut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de drumuri; ... a obținut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de poduri; ... a obținut 3 puncte fiind propus ca Inginer proiectant lucrări de consolidare) aparțin terțului susținător SC SRL, situație în care revenea autorității contractante obligația de a stabili în mod cert dacă personalul indicat, pe baza căreia a fost acordat acest punctaj și pentru care s-au prezentat declarații de disponibilitate și a fost acceptată și colaborarea ca formă de participare juridică în cadrul acestei oferte pentru experții propuși pentru acest factor de evaluare, se află într-adevăr la dispoziția asocierii ofertant pe durata executării activității de proiectare, conform ofertei tehnice depuse, luând în considerare și împrejurarea de fapt reținută anterior, în privința verificării cerinței referitoare la experiența similară în proiectare, în sensul că acești experți aparțin terțului susținător, fiind astfel necesar ca autoritatea contractantă să verifice dacă încheierea unor astfel de contracte de colaborare și prezentarea unor declarații de disponibilitate din partea acestui personal propus pentru evaluarea acestui factor reprezintă dovezile suficiente pentru a garanta că pe durata activității de proiectare acest personal este la dispoziția ofertantului asociere astfel încât să fie respectate termenele prevăzute în ofertă."

Așa cum a arătat și mai sus, contestatorul afirmă că există 2 ipoteze:

-Experții vor fi angajați cu contract de colaborare de către Asocierea, caz în care Angajamentul de susținere prezentat de în care acești experți sunt incluși ca personal de suport în cazul în care apar dificultăți devine nul;

-Experții sunt în continuare angajați ai și către această societate se achită contravaloarea prestării, caz în care NU este terț susținător, ci subcontractant și trebuia declarat de la început subcontractant, iar punctajul nu trebuia acordat.

În ambele variante, contestatorul apreciază că trebuiau să apară modificări față de rezultatul inițial, iar oferta Asocierii trebuia respinsă sau depunctată la acest factor de evaluare. Autoritatea contractantă însă declară din nou câștigătoare oferta Asocierii, cu același punctaj maxim.

5. Contestatorul susține că Curtea de Apel a dispus reevaluarea punctajului acordat factorului de evaluare vizând perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani ofertată de Asocieria

Curtea de Apel a reținut că Asocieria nu a inclus în ofertă schimbarea stratului de uzură, deși a ofertat o perioadă de garanție a lucrărilor de 10 ani. Curtea a apreciat ca fondată critica referitoare la faptul că Asocieria nu trebuia să obțină punctajul maxim la acest factor de evaluare întrucât *„în conformitate cu „Normativul privind intretinerea și repararea drumurilor publice” indicativ AND 554/2002, Anexa 4 (pagina 26 - Tabelul I) durata normală de funcționare a drumurilor publice în ani (inițială sau între două reparații capitale) în funcție de tipul de îmbrăcăminte rutieră și intensitatea medie zilnică anuală a traficului exprimată în vehicule fizice este în acest proiect, în conformitate cu Cerințele Beneficiarului, îmbrăcăminte bituminoasă este realizată cu bitum modificat (nr. crt. 3 din tabel) și, indiferent de intensitatea medie zilnică a traficului de vehicule fizice îmbrăcăminte asfaltică trebuie schimbată cel puțin o dată în cei 10 ani de garanție (5 ani garanție minimă legală + 5 ani garanție suplimentară)”*.

Apărarea conform căreia autoritatea contractantă a susținut că nu a solicitat prin documentația de atribuire schimbarea stratului de uzură nu poate fi reținută în opinia contestatorului, deoarece în cadrul documentației autoritatea a precizat cerințele minime, nu cerințele pentru ofertarea perioadei de garanției extinse de 10 ani, suplimentară celei solicitate. Ofertanții care au ofertat o perioadă de garanție suplimentară trebuiau să ofere în cadrul metodologiei aferente acestei perioade suplimentare și schimbarea stratului de uzură, iar costul trebuia să fie inclus în oferta financiară. Ori, în cazul Asocierii, acest cost nu a fost inclus, de unde rezultă că punctajul maxim nu putea fi acordat. În cazul în care punctajul este acordat, atunci prețul prezentat pentru această categorie de costuri este evident neobișnuit de scăzut.

Se menționează că, Autoritatea contractantă, în aplicarea hotărârii Curții de Apel, trebuia să procedeze ori la diminuarea punctajului acordat Asocierii, ori la respingerea ofertei deoarece prețul prezentat nu include costurile aferente lucrărilor ofertate.

În concluzie, petentul constată că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare Hotărârea Civilă nr. din 16 noiembrie 2020 în ceea ce privește oferta Asocierii, favorizând flagrant acest ofertant în detrimentul ofertanților care au respectat prevederile documentației de atribuire. În realitate, oferta Asocierii trebuia respinsă, nu declarată câștigătoare a procedurii.

Având în vedere toate cele de mai sus, contestatorul solicită admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr., ... SA, în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de

Autoritatea contractantă afirmă că în data de 04.01.2021, Comisia de evaluare a intrat în posesia Hotărârii Civile nr. ..., pronunțată la data de 16 noiembrie 2020 de CURTEA DE APEL SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL, și a certificatului de grefă, înregistrate la

sediul Autorității contractante cu nr. 92/87614/28.12.2020 pentru procedura de achiziție publică "Proiectare și execuție Drum Expres ...Tronson ...".

În dispozitivul Hotărârii Civile nr. ... pronunțată la data de 16 noiembrie 2020 de CURTEA DE APEL SECȚIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL, instanța a decis următoarele:

"[...]"

Anulează în parte raportul procedurii det atribuire emis sub nr. 24/3123/30.06.2020, adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 69656/60.06.2020 (pentru ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L.). nr. 39676/30.06.2020 (pentru nr. 39675/30.06.2020 (pentru ...), nr. 39673/3V.06.2020 (pentru), nr. 39663/30.06.2020 (pentru ...) și procesul-verbal de evaluare nr. 24/2172/04.06.2020 în ceea ce privește punctajul obținut de ... pentru componenta tehnică -I Perioada de garanție a lucrărilor.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L., după cum urmează:

- modul de îndeplinire a cerinței referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, lit. b);

- cerința privind experiența similară în proiectare;

- justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier;

- reevaluarea punctajului acordat pantru personalul cheie pentru serviciile de proiectare.

- reevaluarea punctajului acordat factorului de evaluare vizând perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de după cum urmează:

- sub aspectul verificării neîncadrărit în prevederile art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de ... după cum urmează:

- îndeplinirea cerinței privind modul de depunere a ofertei de la cap. IV. 4.3 Modul de prezentare a ofertei, pct. 7 "oferta, documentele care o însoțesc, precum și toată corespondența între ofertanti și AC. vor fi semnate cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii acreditat, reprezentând documente originale, precum și a cerinței de la cap. IV. 4.2 modul de prezentare a ofertei financiare, documentele de fundamentare a valorii propunerii financiare care vor fi prezentate în cadrul ofertei sunt:

- lit. a)- Formularul nr. 7-formularul de propunere financiară semnat ...de reprezentantul legal al ofertantului unic ..."

- lit. b)- Anexa 1 la Formularul nr. 7-prețurile activităților/categoriilor de lucrări sau servicii ...semnat...de reprezentantul legal al ofertantului unic;

- lit. c)- Anexa 2 la formularul nr. 7-sumele previzionate reprezentând rezerve de implementare ...semnat ...de reprezentantul legal al ofertantului unic;

-lit. d)- Anexa 3 la formularul 7- uelcarea sumelor din Anexa 1 la propunerea financiară aferentă activităților sub contractate ...semnat ...de reprezentantul legal al ofertantului unic.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze punctajul acordat ofertei depuse de ... sub aspectul componentei tehnice-I Perioada de garanție a lucrărilor."

În urma procesului de reevaluare a ofertelor, Comisia de evaluare a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, prin verificarea informațiilor preliminare prezentate de Ofertanți în DUAE și în documentele ce îl însoțeau identificate în ofertele prezentate în raport cu condițiile de participare și cerințele minime asociate din anunțul de participare și documentația de atribuire.

Procesul de reverificare a fost detaliat în procesul verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare aferent procesului de reevaluare în cadrul procesurii de achiziție publică "Proiectare și execuție Drum expres Tronson ...", înregistrat cu nr. 24/1825 din 09.02.2021, care este parte a dosarului achiziției.

În urma reverificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, următorii ofertanți au îndeplinit condițiile de participare:

Nr. crt.	Ofertant	Motivele care au stat la baza deciziei
1		În urma evaluării informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare considera oferta admisa.
2		În urma evaluării informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare considera oferta admisa.
3.	...	În urma evaluării informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare considera oferta admisa.
4.	Asocierea SRL - ... SRL - SRL	În urma evaluării informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare considera oferta admisa.

Propunerile tehnice au fost reevaluate de comisia de evaluare în raport cu dispozițiile Hotărârii Civile nr., pronunțată la data de 16 noiembrie 2020 de CURTEA DE APEL, iar rezultatul procesului de reevaluare se regăsește în procesul verbal nr. 24/1826 din data de 09.02.2021, care este parte a dosarului achiziției.

În urma desfășurării procesului de reevaluare, au îndeplinit cerințele minime din Caietul de sarcini propunerile tehnice prezentate de următorii ofertanți:

N r. cr t.	Ofertant	Conformitate
1		În urma evaluării propunerilor tehnice, comisia de evaluare considera oferta conforma .
2.		În urma evaluării propunerilor tehnice, comisia de evaluare considera oferta conforma .
3.		În urma evaluării propunerilor tehnice, comisia de evaluare considera oferta conforma .
4.	Asocierea SRL SRL - SR	În urma evaluării propunerilor tehnice, comisia de evaluare considera oferta conforma .

Evaluarea propunerilor financiare

Comisia de evaluare a reevaluat propunerile financiare sub aspectul dispozițiilor Hotărârii Civile nr. ... pronunțată de de Curtea de Apel, iar în urma reevaluării au fost declarate admisibile ofertele prezentate de următorii ofertanți:

Nr. crt.	Ofertant	Valoare oferta Lei fara TVA	Punctaj propunere financiara
1		824.315.540,10	37,43
2		867.123.000	35,58
3		793.482.567,41	38,88
4	Asocierea SRL SRL - SR	617.080.915,60	50

În urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, așa cum a fost stabilit în documentația de atribuire și detaliat conform celor de mai sus, punctajul obținut de fiecare ofertă admisibilă și clasamentul rezultat sunt identificate mai jos:

OFERTANT	PRET (LEI FARA TVA)	PUNCTAJ PROPUNERE TEHNICA	PUNCTAJ PROPUNERE FINANCIARA	TOTAL PUNCTE	LOC
1. Asocierea SC ...SRL - SC SRL	617.080.915,6 0	50	50	100	I
2. ...	793.482.567,4 1	50	38,88	88,88	II
3.	867.123.000,0	50	35,58	85,58	III

	0				
--	---	--	--	--	--

După finalizarea procesului de evaluare prin aprobarea Raportului procedurii de atribuire nr. 24/2557/24.02.2021, Autoritatea Contractantă a comunicat ofertanților rezultatul procedurii de atribuire în data de 24.02.2021.

Astfel, ofertant câștigător a fost desemnat Asociera S.C. SRL - S.C. ... SRL - S.C. SRL, având prețul de 617.080.915,60 Lei fără TVA, aceasta fiind corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor Documentației de atribuire și obținând punctaj total de 100 de puncte, din care 50 de puncte pentru componenta financiară și 50 puncte pentru componenta tehnică.

Oferta depusa de Ofertantul este declarată INACCEPTABILĂ în conformitate cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și este RESPINSĂ în temeiul art. 137 alin (1) din H.G. nr. 395/2016.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat în data de 24.02.2021, Ofertantul a formulat la CNSC o contestație.

Referitor la remarca contestatoarei cu privire la:

„1.Anularea Comunicării rezultatului procedurii nr. 92/15389/ 24.02.2021 prin care am fost înștiințați că oferta depusă de către noi a fost exclusă din procedura de atribuire;

2.Anularea Raportului Procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;

3.Obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu declararea ofertei noastre ca fiind acceptabilă prin prisma motivelor dezvoltate în prezenta contestație (...)

În subsidiar, în măsura în care veți considera că Autoritatea Contractantă nu a respectat dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind Achizițiile Publice, așa cum am arătat mai sus, solicităm Consiliului să dispună analizarea faptului că dovezile prezentate de ... prin îndeplinirea condițiilor de „condițional non-debarrement” adică NON-EXCLUDERE CONDIȚIONATĂ sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității societății noastre și reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei [..]”.

Autoritatea Contractantă opinează:

> EXCEPȚII PROCESUALE - EXCEPȚIA LIPSEI DE INTERES

În conformitate cu prevederile art. 32 și 33 din Noul Cod de Procedură Civilă, Articolul 32, condițiile de exercitare a acțiunii civile sunt următoarele: *“(1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:*

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;*
- b) are calitate procesuală;*
- c) formulează o pretenție;*
- d) justifică un interes.*

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Articolul 33

Interesul de a acționa

Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual. Cu toate acestea, chiar dacă interesul nu este născut și actual, se

poate forma o cerere cu scopul de a preveni încălcarea unui drept subiectiv amenințat sau pentru a preîntâmpina producerea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara."

În cazul în care Acțiunea Civilă nu îndeplinește una dintre condițiile legale amintite mai sus, art. 40 din N.C.P.C. prevede sancțiunile procesuale, precum urmează:

"Sancțiunea încălcării condițiilor de exercitare a acțiunii civile

(1) Cererile făcute de o persoană care nu are capacitate procesuală sunt nule sau, după caz, anulabile. De asemenea, în cazul lipsei calității procesuale sau a interesului, instanța va respinge cererea ori apărarea formulată ca fiind făcută de o persoană sau împotriva unei persoane fără calitate ori ca lipsită de interes, după caz.

(2) Încălcarea dispozițiilor prezentului titlu poate de asemenea, atrage aplicarea și a altor sancțiuni prevăzute de lege, iar cel care a suferit un prejudiciu are dreptul de a fi despăgubit, potrivit dreptului comun."

Conform doctrinei de specialitate, prin interes se înțelege folosul practic, material sau moral, urmărit de cel care a formulat o cerere de chemare în judecată, o cerere reconvențională, o cerere de intervenție voluntară sau forțată, o cale de atac sau orice altă formă de exercitare a acțiunii civile.

Prin impunerea cerinței interesului, care corespunde unei maxime celebre: „pas d'interet, pas d'action", s-a urmărit să se evite nu numai unele litigii lipsite de orice utilitate pentru reclamant, pur vexatorii, dar în același timp să se menajeze timpul magistraților al căror rol să nu fie încărcat cu astfel de pricini.

Condiția interesului trebuie să se verifice nu numai în legătură cu cererea de chemare în judecată, ci pe tot parcursul procesului, ori de câte ori se apelează la una sau alta dintre formele procedurale care alcătuiesc conținutul acțiunii civile (cereri, excepții, exercitarea căilor de atac, executare silită etc.).

Interesul de a promova cererea trebuie justificat de reclamant doar în persoana sa, el nefiind ținut a proba interesul pârâtului de a participa la judecată; tot astfel, nu i se va cere pârâtului să facă o asemenea dovadă. În consecință, această cerință se apreciază numai în raport cu reclamantul.

Pentru a stabili dacă o parte are interes în exercitarea acțiunii civile, instanța trebuie să prefigureze folosul efectiv pe care aceasta l-ar obține în ipoteza admiterii formei procedurale exercitate.

Existența interesului se apreciază la momentul formulării cererii sau al invocării apărării.

Interesul trebuie să fie și legitim, în conformitate cu ordinea de drept, să izvorască dintr-un raport juridic recunoscut de lege.

Conform art. 32 N.C.P.C., interesul trebuia să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Este determinat interesul practic, concret care se apreciază de către magistratul judecător de la speță la speță, iar nu de principiu.

Interesul este legitim atunci când se află în concordanță cu legea și bunele moravuri. Când prin el se tinde la apărarea unui drept sau interes legitim protegit de o normă de drept.

Interesul trebuie sa fie personal, adică folosul practic să vizeze pe cel care recurge la forma procedurală, iar nu pe adversarul său.

Interesul trebuie să fie născut și actual. În principiu, interesul judiciar se consideră că există și a devenit actul din momentul încălcării unui anumit drept subiectiv.

În condițiile reglementărilor invocate mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate lipsa de interes cu privire la contestația formulată și să o respingă pe această cale ca fiind lipsită de interes, dat fiind faptul că și în situația admiterii contestației cu privire la evaluarea propunerii tehnice, primirea punctajului maxim pentru componenta tehnică a ofertei, aceasta nu ar modifica clasamentul în sensul situării ofertei Contestatoarei pe primul loc situându-se pe locul 3 , chiar dacă Consiliul va dispune reevaluarea ofertei Asocierii SRL - SC SRL întrucât devine oficial pe locul 1 iar trece pe locul 2, aceasta necontestând ofertantul

Față de aceste considerente, Autoritatea apreciază că demersul contestatoarei este lipsit de folosul practic posibil a fi obținut în ipoteza admiterii contestației, impunându-se a fi respins ca atare.

> Autoritatea contractantă învederează că în data de 11.02.2021 a luat cunoștință de Hotărârea Civilă nr. ... pronunțată de Curtea de Apel în cadrul dosarului nr. ..., având ca obiect procedura de achiziție publică "Proiectare și Execuție Autostrada de ... km 0+000-km 100+900, Sector ... km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000", și în care operatorul economia a avut calitatea de intimată. Hotărârea Civilă nr. ... a fost comunicată și Șefului Departamentului Achiziții Fonduri Externe, care este membrul evaluator în cadrul Comisiei de evaluare aferentă prezentei proceduri de achiziție publică și care, la rândul său, a adus-o la cunoștința întregii Comisii de evaluare.

Critica adusă ofertantului în cadrul dosarului nr. ... având ca obiect procedura de achiziție publică "Proiectare și Execuție Autostrada de ... km 0+000-km 100+900, Sector ... km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000", se referă la faptul că "oferta depusă de se impunea a fi (i) exclusă urmare a abaterilor grave săvârșite, care au determinat aplicarea sancțiunii excluderii de către dar și a declarațiilor false în DUAE ...", respectiv aceeași critică care a fost adusă ofertantului și în cadrul plângerii soluționate la Curtea de Apel prin Hotărârea Civilă nr. ... având ca obiect prezenta procedură de achiziții publice.

În ceea ce privește critica adusă ofertantului, Curtea de Apel a reținut în Hotărârea Civilă nr. ... (de la pagina 61 până la pagina 64) pentru procedura de achiziție publică "Proiectare și Execuție Autostrada ... km 0+000-km 100+900, Sector ... km 0+000-km 52+p70, Lot 1: km 2+500-km 20+000" următoarele:

"Curtea observă că, modalitatea de evaluare a ofertei este greșită, întrucât în privința acestui ofertant erau incidente cazuri de excludere.

Potrivit art. 169 din Legea nr. 98/2016 Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una

dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire. a săvârșit o abatere profesională gravă care a determinat aplicarea sancțiunii excluderii de către, astfel că, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin 1 lit. c din Legea nr. 98/2016. Ofertantul a fost sancționat pentru practici financiare incorecte, fiind inclus pe lista de excluderi a, În cursul anului 2019, ofertantul a fost sancționat prin aplicarea măsurii interzicerii temporare de a mai participa în proiectele finanțate de către (en."Condițional non - debarment")

[...]

"Ofertantul se face vinovat de săvârșirea culpabilă a unor abateri profesionale constând în exercitarea unor practici financiare incorecte în cadrul procedurilor de achiziție vizând proiectul "....Improvement Project in", fapt care a condus la includerea sa temporară pe lista de excluderi a, Sancțiunea aplicată a fost rezultatul încheierii unei tranzacții între compania sancționată și (en. Settlement Agreement"), ceea ce presupune, în mod automat, o recunoaștere a vinovăției cu care au fost săvârșite faptele constatate și sancționate de către

Faptele săvârșite de ofertantul se înscriu în sfera noțiunii de "abatere profesională gravă" în sensul art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, deoarece produc un impact semnificativ asupra integrității și reputației profesionale a operatorului economic, inclusiv prin prisma faptului că vizează aspecte financiare ale procedurii de achiziție în legătură cu care au fost constatate.

Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit.c) din Legea nr. 98/2016 stabilesc faptul că se va dispune măsura excluderii dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ două condiții, respectiv: operatorul economic să fi comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea; și abaterea să poată fi dovedită prin orice mijloc de probă considerat adecvat. În acest sens, legiuitorul a indicat, în mod exemplificativ deciziile unei autorități administrative.

În speță, Autoritatea susține că aceste condiții sunt îndeplinite:

Astfel, abaterea profesională gravă reprezintă orice abatere care afectează reputația profesională a operatorului economic, fără a se face distincția privind modul în care aceasta a fost constatată. Dispozițiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 definesc explicit noțiunea de abatere profesională gravă ca fiind "orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă".

Concret, abaterea profesională gravă rezultă din comportamentul operatorului economic care denotă o intenție sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa, fapta fiind recunoscută, sancționată și certă la momentul participării acestuia în actuala procedură de atribuire.

Ofertantul se află în intervalul de trei ani subsecvenți sancțiunilor aplicate prin decizia anterior menționată.

Din perspectiva dispozițiilor art. 171 alin 5 lit. b din Legea nr. 98/2016 sunt întrunite condițiile de excludere având în vedere că:

ofertantul a comis fapte constituind nereguli în materia achizițiilor publice astfel cum s-a constatat prin decizia aplicate în anul 2019, situație de natură a atrage prin ea însăși incidența excluderii în cei trei ani ulterior comiterii abaterii profesionale grave astfel confirmate.

Termenul de trei ani prevăzut de dispozițiile art. 171 alin 5 litera b din Legea nr. 98/2016 nu este împlinit în prezent având în vedere că, Decizia a fost emisă în anul 2019, iar prin Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțate în Cauza C-124/17, s-a reținut că, durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data deciziei prin care s-a dispus sancționarea comiterii abaterilor profesionale grave. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în decizia mai sus amintită următoarele: Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera d) din această directivă, care a fost sancționat de autoritatea competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective.

[...]

Ofertantul se afla, în prezent, în intervalul de trei ani ulterior săvârșirii abaterilor profesionale grave și constatate, astfel cum acestea sunt definite la art. 167 alin (3) din Legea nr. 98/2016, fapta constatată definitiv de către, în anul 2019, este expres recunoscută de către

În raport de perioada comiterii abaterilor profesionale grave, cât și în raport de data constatării acestora prin hotărâre judecătorească definitivă/tranzacție, momentul soluționării prezentei cereri se află în interiorul perioadei reglementate de art. 171 alin. 5 lit. b pentru incidența obligatorie a cazurilor de excludere timp de trei ani.

Practica operatorului economic de a eluda obligațiile legale de transparentă și loialitate prin informarea corectă, completă și onestă a autorităților contractante în fața cărora a continuat să depună DUAЕ, fără a preciza absolut nimic despre comiterea abaterilor profesionale grave, este ea însăși de natură a genera excluderea obligatorie din prezenta procedură de atribuire.

Contrar apararilor ofertantului, Curtea reține că, acesta a furnizat declarații false în DUAЕ, astfel că se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise Autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr. 98/2016.

Curtea reține că, nu este în măsură să decidă ofertantul asupra încadrării sau nu a situației în care se regăsește în vreunul dintre motivele de excludere reglementate de legislația achizițiilor publice. Această prerogativă revine Autorității contractante care, însă, nu o poate exercita corect decât în măsura în care declarațiile oferite de către ofertant, la momentul completării DUAЕ, corespund realității, ceea ce nu a fost cazul în speță." [...]

Concluzionând, Curtea reține, contrar apărărilor intimetei că, Decizia CNSC este nelegală din această perspectivă, astfel că, urmare a anulării Deciziei, de către Instanță sub acest aspect, autoritatea contractantă va trebui să țină cont de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. c) și h) și art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât ofertantul a

săvârșit abateri profesionale grave constând în practici financiare incorecte, în legătură cu proiecte de achiziții publice finanțate de către, care au determinat includerea sa pe lista neagră a, iar aceste abateri profesionale săvârșite afectează iremediabil reputația profesională a ofertantului.

Totodată, intimata a furnizat declarații false în DUAЕ, omițând intenționat să declare că a fost sancționată de către; aceste omisiuni au caracterul unor inadvertențe de fond în raport cu care, nu există posibilitatea Autorității Contractante de a solicita clarificări.

Astfel, având în vedere faptul că:

a) Comisia de evaluare a finalizat etapa 09.02.2021, consemnând concluziile sale în Procesul verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare aferent procesului de reevaluare în cadrul procedurii de achiziție publică „Proiectare și execuție Drum expres ... Tronson ...”, înregistrat cu nr. 24/1825 din 09.02.2021, deci anterior luării la cunoștință a Hotărârii Civile nr. ... pronunțată de Curtea de Apel pentru procedura "Proiectare și Execuție Autostrada de ... km 0+000-km 100+900, Sector km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000".

b) În cadrul Procesului verbal nr. 24/1825 din 09.02.2021, Comisia de evaluare a consemnat următoarele:

„Comisia de evaluare, din documentele depuse și din informațiile prezentate pentru procedura de achiziție publică "Proiectare și Execuție Drum Expres ... Tronson ..." și raportat la aria de expertiză destul de restransă și totodată la argumentele mai jos menționate, concluzionează că ofertantul nu s-ar afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, lit.c) și lit.h) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, întrucât în opinia prezentei comisii de evaluare, ofertantul a depus dovezi suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea, a clarificat faptele și împrejurările în care a fost emisă sancțiunea, și mai mult decât atât nu există în prezent vreo interdicție de a participa la proceduri de achiziție publică.”

„Deși ofertantul este o societate separată față de cele sancționate de către, Comisia de Evaluare nu cunoaște efectiv întinderea sancțiunii impuse sau ceea ce înseamnă în mod real participarea condiționată la proceduri de achiziție publică sub controlul a acestei societăți, raportat la situația că această societate afiliată nu a participat la procedura de achiziție publică din

De asemenea, menționăm faptul că Comisia de Evaluare nu are expertiză de a analiza:

-atât ceea ce înseamnă în Republica societăți afiliate care conform celor transmise de ofertant ar avea cod de identificare diferit, conducere proprie și autonomie proprie,

-cât și eventualele declarații false cu privire la documentele depuse de ofertant înainte sau după ridicarea interdicției de către (începând cu 04.03.2020), raportat la termenul limită de depunere al ofertelor și la stadiul actual al procesului de evaluare.

(...)

b) că ofertantul are al treilea preț dintre cei 4 ofertanți rămași în competiție,

c) situația reală a acestui ofertant neavând în prezent vreun impact asupra rezultatului prezentei proceduri de achiziție publică,

d) în cazul în care acest ofertant ar fi avut cel mai mic preț dintre cei 4 ofertanți rămași în competiție, ar fi fost necesară efectuarea de analize suplimentare privind aceste motive de excludere, eventual clarificări suplimentare atât la terțe părți cât și la ofertant, și dacă este cazul desemnarea pe lângă comisia de evaluare a unor specialiști externi (experți cooptați). Aceste demersuri s-ar efectua în mod normal, în ultima etapă a procesului de evaluare - aceea a verificării informațiilor și documentelor justificative prezentate în susținerea DUAE și numai în condițiile în care acest ofertant ar fi admisibil și clasat pe primul loc.

Comisia de evaluare pentru a nu altera buna desfășurare a procesului de evaluare (acest ofertant având al treilea preț) și pentru a nu periclita realizarea obiectivului de investiție prin pierderea fondurilor europene nerambursabile pe actuala perioadă de programare POIM (până la sfârșitul anului 2023 fiind necesară punerea în trafic a acestei lucrări, ținând cont de durata de executare a contractului), consideră ca ofertantul în baza informațiilor prezentate, dovezilor depuse și a documentelor transmise este admis la etapa de analiză a informațiilor din DUAE."

Comisia de evaluare, așa cum reiese și din consemnările citate mai sus din procesul verbal 24/1825 din 09.02.2021, nu a declarat în mod definitiv că ofertantul nu se încadrează în situația de excludere prevăzute la art. 167 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, ci doar că oferta acestuia, în baza informațiilor transmise în data de 20.01.2021: „nu s-ar afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 lit. c) și lit. h), motivat de faptul că ofertantul are al treilea preț dintre cei 4 ofertanți rămași în competiție, și că situația reală a acestui ofertant neavând în prezent vreun impact asupra rezultatului prezentei proceduri de achiziție publică, urmând ca în condițiile în care acesta ar fi devenit admisibil și clasat pe primul loc să se efectueze analize suplimentare privind aceste motive de excludere, eventual clarificări suplimentare atât la terțe părți cât și la ofertant.

Astfel, Comisia de Evaluare, după luarea la cunoștință a Hotărârii Civile nr. ..., și analizării acesteia a constatat faptul că situația descrisă în cadrul procedurii „Proiectare și Execuție Autostrada km 0+000-km 100+900, Sector ... km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000" pentru care a fost emisă Decizia Curții de Apel, este identică cu cea din prezenta procedură de achiziție publică. Mai mult decât atât Curtea de Apel a stipulat că această situație reprezintă o abatere profesională gravă, și că trebuie respectată Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțată în Cauza C-124/17, prin care s-a reținut că durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data deciziei prin care s-a dispus sancționarea comiterii abaterilor profesionale grave. Totodată Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în decizia mai sus amintită, următoarele: Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera d) din această directiva, care a fost

sanționat de o autoritate competentă, durata maxima de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective.

Aceași situație se regăsește și în privința furnizării de declarații false în DUAЕ, astfel că ofertantul se face vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere, fiind așadar incident motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 98/2016, întrucât DUAЕ-ul a fost completat și depus pentru prezenta procedură de achiziție publică în data de 24.02.2020, fără a fi declarată această sancțiune aplicată de încă valabilă la momentul depunerii ofertelor.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 169 din Legea 98/2016, cu completările și modificările ulterioare, respectiv: *"Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire."*

Comisia de evaluare decide excluderea din procedură a ofertantului pentru motivele reglementate de prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016:

"Art. 167

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate".

Totodată, Autoritatea contractantă precizează că a respectat prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, care stipulează că: *"Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere"*, având în vedere faptul că prin solicitarea de clarificări nr. 24/479/13.01.2021, Comisia de evaluare a solicitat ofertantului să transmită documentul publicat pe pagina oficială de internet a instituției financiare internaționale (...); să clarifice toate împrejurările de fapt înscrise în acest document, precum și relevanța acestui document cu privire la capacitatea ofertantului de a își îndeplini obligațiile din prezentul contract de achiziție publică; și să clarifice dacă se încadrează sau nu la motivele de excludere prevăzute la art. 167 lit. c) și respectiv lit. h) din Legea nr. 98/2016, modificările și completările ulterioare.

Referitor la remarca contestatoarei cu privire:

„4. Obligarea autorității contractante la anulare a deciziei de admitere și declarare câștigătoare a ofertei Asocierii SRL - SC SRL, ofertă care în mod nelegal a fost declarată admisibilă și câștigătoare a procedurii (...)", autoritatea contractantă precizează că:

În vederea aplicării dispozițiilor Hotărârii Civile nr. ... pronunțată de Curtea de Apel, Comisia de evaluare a transmis ofertantului SRL (lider) - SC SRL prin adresa nr. 24/481/13.01.2021, următoarea solicitare de clarificări:

„Având în vedere cele menționate de către Curtea de Apel și anume:

"[...] fără însă a înlătura motivat argumentațiile invocate de petenta - contestatoare și faptul că doar prețul chiriei ar fi aproape dublu față de valoarea oferată pentru întreaga Activitate 15 „Organizarea Șantierului”, aspecte a căror verificare se impune prin reevaluarea ofertei financiare din această perspectivă, în condițiile în care autoritatea contractantă avea obligația de a verifica conform disp. art. 210 din Legea nr. 98/2016 dacă într-adevăr ofertantul în cauză ar fi justificat în mod corespunzător ofertei inițiale costurile aferente acestei părți a ofertei financiare.”

"[...] Curtea reține că se impune ca autoritatea contractantă să verifice oferta financiară a intimatei- asociere cu privire la prețul propus pentru organizarea de șantier, prin prisma explicațiilor inițiale și cele oferite prin răspunsul la clarificările adresate acesteia, dar prin luarea în considerare a împrejurării că aceste costuri sunt reflectate de necesitatea de a se respecta cerințele beneficiarului astfel cum au fost stabilite de însăși autoritatea contractantă, urmând a se reevalua oferta financiară inclusiv prin solicitarea unor clarificări cu privire la costurile inițial propuse de acest ofertant, respectiv dacă în cadrul acestora au fost incluse toate costurile privind organizarea de șantier care trebuie să cuprindă toate elementele impuse prin cerințele beneficiarului și pentru finalizarea lucrării care constituie obiectul contractului [...]"

Având în vedere:

A) În procesul inițial de evaluare, Comisia de evaluare a solicitat ofertantului Asocieria SC SRL (lider) - SC SRL să clarifice prețul oferat pentru organizarea de șantier, iar în urma analizei răspunsului ofertantului, comisia de evaluare a constatat următoarele:

"Ofertantul a prezentat costurile organizării de șantier compusă din valoarea chiriei lunare, consum de energie, materialele consumabile, utilitățile și respectiv diverse și neprevăzute. Menționăm faptul că aceste costuri sunt aferente unei perioade de 18 luni iar ofertantul a prezentat valoarea lunară pentru fiecare cost cu organizarea de șantier din cele mai sus menționate. Organizarea de șantier se află în următoarea locație: Localitatea Pitești, str. Depozitelor nr. 38, județul Argeș în suprafață totală de 34.637 mp și aparține terțului susținător la prezenta procedură de achiziție publică SC SRL prezentând în acest sens un Anteccontract de închiriere nr. 2632/21.10.2019. De asemenea SC ... SRL este și furnizor de materiale în special de confecții metalice.

De asemenea, ofertantul a specificat faptul că a investit în dotarea cu utilaje de ultimă generație, ajungând la un parc impresionant de forță mecanizată proprie, ce acoperă toate categoriile de lucrări și care poate susține execuția concomitentă a lucrărilor pe mai multe șantiere. De altfel,

ofertantul a dobândit posibilitatea de a executa în regie proprie o mare parte din materialele necesare realizării unor categorii importante de lucrări, ceea ce implicit a dus la reducerea costurilor, dar și la o anticipare mai precisă a momentelor de execuție reducând foarte mult timpii de așteptare. Având în vedere investițiile în dotarea permanentă cu utilaje, organizarea și mobilizarea într-un timp foarte scurt, experiența și calificarea personalului, buna reputație pe piața furnizorilor de materiale rezultă faptul că ofertantul are capacitatea de a executa în regie proprie majoritatea categoriilor de lucrări dintr-un contract.

Mai mult decât atât ofertantul a menționat faptul că pentru o eficientizare a procesului de construcție, a achiziționat propriile linii de producție a grinzilor pentru structuri, linii mobile care sunt amplasate în situ pe lucrare, putând executa 520 metri liniari de grinzi pe zi. Amplasarea instalațiilor în situ prezintă avantajul eliminării transporturilor acestora pe drumurile publice din 4 locații cunoscute (...., ..., ...), aceste transporturi fiind agabaritice (lungimi de 40 ml, 36 ml, 24 ml, 21 ml, 18 ml), transportul care rămâne de efectuat fiind local la o distanță de maximum 15 KM). De asemenea în cadrul aceluiași proces de producție au fost optimizate structurile în sensul conceperii de elemente prefabricate pentru toate tipurile de structuri care sunt executate în regim propriu în organizarea de șantier.

În concluzie, ofertantul specifică faptul că o influență majoră în economia contractului o reprezintă: pe de o parte deținerea tuturor utilajelor necesare execuției lucrărilor acestea fiind disponibilizate pe fiecare lucrare în parte dispărând astfel timpii de așteptare cu deplasarea acestora, plata chiriei, staționari, deplasări accidentele, sau închirieri și achiziționări de utilaje și/sau echipamente; iar pe de altă parte ofertantul are încheiate precontracte pentru toată gama de materii prime necesare procesului de producție în baza relațiilor derulate cu furnizorii în ultimii 20 ani."

B) Decizia nr., în cadrul căreia CNSC constată următoarele: „prevederile HG nr. 907/2016 se referă la categoriile de lucrări ce se decontează în organizarea de șantier, și nu că toate aceste categorii sunt obligatorii de inclus în devizul general. Astfel, regula de bază, în orice domeniu, este aceea că se decontează ce, anume, se execută în mod concret, și nu orice cheltuială prevăzută abstract de legiuitor, iar în justificarea valorii scăzute a organizării de șantier, ofertantul a indicat faptul că are încheiat un antecontract de închiriere nr. 2622/21.10.2019 din care rezultă că promitentul locator deține mai multe imobile - terenuri și clădiri - în localitatea, obligându-se că dacă va fi declarat câștigător, va asigura folosința asupra imobilului respectiv, cu o suprafață de 10.000 mp (din suprafața totală deținută de 34.637 mp) și rezultă și din imaginea depusă la dosarul cauzei de contestatoare, că la adresa str. Depozitelor nr. 38 există clădiri și drumuri de acces, inclusiv platforme betonate, locația este în zona apropiată locuințelor și apare ca fiind racordată la utilități acestea regăsindu-se în zona respectivă, prin urmare, cel puțin o mare parte dintre lucrările subliniate cu roșu de către contestatoare nu sunt necesare, întrucât acestea există, iar contestatoarea confirmă faptul că există în locația din str. Depozitelor nr. 38 o serie de construcții și utilități

însă, în opinia sa, „NU este adaptată în totalitate utilizării în acest scop”, un aspect absolut nerelevant, din moment ce sunt prevăzute sume aferente acestei organizări, iar pe de altă parte, locator este unul dintre susținătorul capacității financiare a asocierii, respectiv Total SRL, calitatea acestuia de susținător angajat în relațiile cu autoritatea contractantă fiind o garanție că își va onora obligațiile.”

De asemenea, CNSC a mai reținut și următoarele: *”în ceea ce privește imposibilitatea obținerii Autorizației de mediu, susținerile contestatoarei sunt simple supoziții, în condițiile în care locația respectivă este situată într-o zonă industrială, iar acordul de mediu urmează să fie dat în funcție de situația concretă a locației în acest moment a mabili că ofertantul nu va primi acordul de mediu nu poate constitui un motiv întemeiat de nejustificarea prețului în condițiile în care toți ofertanții se află în aceeași situație la data ofertării, respectiv au indicat locul unde își va stabili Organizarea de șantier fără a putea ști dacă pentru locația indicată vor primi sau nu autorizație de mediu, ținând seama că la locația indicată de ofertantul câștigător există deja o capacitate industrială, fiind plasată la marginea orașului situație care face puțin probabilă neacordarea autorizației de mediu, iar Acordul de mediu nr. 1/18.01.2020, despre ale cărei clauze vorbește contestatoarea, este emis pentru lucrarea Drum expres, lucrare cu un anumit amplasament determinat, organizarea de șantier pentru care sunt emise condiționalitățile privind acel amplasament, or organizarea de șantier propusă de asocierea câștigătoare se află în afara amplasamentului respectiv, iar în documentația de atribuire nu există vreo interdicție referitoare la plasarea organizării de șantier în alt loc decât pe perimetrul lucrării, autoritatea contractantă nu poate exclude pe ofertant, pe acest motiv.”*

C) Răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări, din care rezultă că:

-Imobilele (teren și construcții) necesare amplasării Organizării de șantier vor fi închiriate de la S.C. TOTAL SRL, care deține și calitatea de terț susținător. În acest sens, ofertantul a transmis Actul adițional nr. 11/19.01.2021 la Anteacontractul de închiriere nr. 2632/21.10.2019 ca document justificativ;

-Terenul este împrejmuit, amenajat, cu toate utilitățile și dotările necesare desfășurării oricărei activități implicate de organizarea de șantier;

-Terenul pus la dispoziție este riveran cu baza de producție a societății Din acest motiv nu există costuri cu privire la realizarea drumurilor și lucrărilor temporare, readucerea terenului la starea inițială, platforme tehnologice, amenajare depozite de materiale, iluminare organizare de șantier, căi de acces auto, branșamente/racorduri utilități, desființare organizare de șantier;

-Poziționarea acestui teren, pe centura veche a orașului Pitești, facilitățile existente deja în incinta viitoare organizări de șantier, accesul facil din toate direcțiile și inexistența cheltuielilor pentru instalare au influențat pozitiv în alegerea locației și au dus la formarea unui cost redus pentru această categorie inclusă în Propunerea Financiară.

D) Ofertantul a confirmat faptul că în cadrul sumei de 360.000 lei au fost incluse toate costurile necesare privind buna funcționare a Organizării de Șantier, așa cum a fost cuprinsă în propunerea tehnică, iar orice alte

cheltuieli conexe bunei desfășurări a activității Anteprenorului se suportă de către acesta din cheltuielile indirecte luate în calcul la întocmirea Propunerii financiare.

Autoritatea contractantă prin Comisia de evaluare constată că ofertantul a justificat în mod corespunzător prețul ofertat pentru categoria de cheltuieli *Organizarea de șantier*. Acesta a defalcat valoarea organizării de șantier, ce cuprinde elementele declarate în Propunerea tehnică și a subliniat faptul că valoarea de 360.000 lei se referă strict la organizarea de șantier, astfel cum a fost solicitată în Cerințele Beneficiarului și nu se referă la toată organizarea în șantier necesară desfășurării lucrărilor.

Astfel, din răspunsul ofertantului rezultă în mod clar că motivul pentru care prețul ofertat de către acesta pentru organizarea de șantier este mai mic decât al celorlalți ofertanți, are în bază faptul că, prin închirierea organizării de șantier și a terenului de la, o mare parte a condițiilor pentru organizarea de șantier sunt deja existente, nemaifiind necesare cheltuieli, deoarece:

- Terenul este împrejmuit, amenajat, cu toate utilitățile și dotările necesare;

- Terenul este riveran cu baza de producție a societății, din acest motiv nu există costuri cu privire la: realizarea drumurilor și lucrărilor temporare, readucerea terenului la starea inițială, platforme tehnologice, amenajare depozite de materiale, iluminare organizare de șantier, căi de acces auto, bransamente/racorduri utilități, desființare organizare de șantier;

- poziționarea terenului pe vechea centură a orașului Pitești, ceea ce presupune un acces ușor la teren din toate direcțiile;

- existența clădirilor și drumurilor de acces;

- existența platformelor betonate pentru depozitarea materialelor;

- existența facilităților în incinta terenului ce va funcționa ca viitoare organizare de șantier, ceea ce face să nu fie cazul cheltuielilor pentru instalare, astfel activitatea de execuție a lucrărilor poate fi începută în orice moment.

Totodata, Comisia de evaluare constată că în Cerințele Beneficiarului nu există vreo cerință privind Organizarea de Șantier. Singura precizare referitoare la acest capitol se regăsește în cadrul Formulelor puse la dispoziție de Autoritatea contractantă, mai exact în Formularul 4 - Propunerea Tehnică, punctul V, și anume:

"V. Organizarea de Șantier și Surse de Materiale

A. Ofertantul va prezenta modalitatea de realizare a organizării de șantier în conformitate cu prevederile Cerințelor Beneficiarului, precizând cel puțin următoarele aspecte:

- Identificarea locației pentru organizarea de șantier. Ofertantul va anexa schițe, documente și date din care să rezulte locația, suprafețele și posibilitatea de utilizare a terenului afectat."*

Astfel, analizând Cerințele Beneficiarului și Formularul 4 - Propunere tehnică, Comisia de evaluare constată că există o diferență între organizarea de șantier și organizarea în șantier (organizarea întregului șantier).

Prin urmare Organizarea de șantier se referă strict la aspectele menționate de Autoritatea Contractantă la punctul V din Formularul 4 - Propunerea Tehnică, și anume: locația, suprafețele și posibilitatea de utilizare a terenului afectat, precum și ce elemente trebuie să cuprindă această locație, ca de exemplu: imprejmuiți, birouri, baraci, spații depozitare materiale, spațiu depozitare utilaje, platforme betonate, utilități etc., necesare pentru buna desfășurare a activității în locație. Totodată, organizarea de șantier este o activitate care trebuie prețuită distinct în propunerea financiară și pentru care este necesară obținerea ulterioară, în cazul în care nu există deja, a unei aprobări de la Autoritățile de Mediu privind funcționarea sa.

Pe de altă parte, organizarea în șantier sau organizarea întregului șantier se referă la un alt tip de activități, cum ar fi: relocări drumuri, intersecții, amenajarea terenului și aducerea la starea inițială, drumuri de exploatare, restabilire legături rutiere, realizarea drumului și lucrărilor temporare, care fac parte din costurile pe care Autoritatea contractantă le-a inclus distinct în Formularul de Propunere Financiară, o parte dintre acestea fiind cele menționate de HG nr. 907/2016, și pe care Antreprenorul și le-a prețuit separat de organizarea de șantier. De altfel, o parte din aceste costuri sunt prinse atât în Formularul de Propunere Financiară, la categoriile indicate de autoritatea contractantă și anume: iluminat, restabilire legături rutiere, amenajare teren, lucrări de amenajare pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială etc, cât și în cheltuielile indirecte.

Mai mult decât atât, informații prezentate de ofertant sunt în corelare cu cele menționate de acesta în Propunerea tehnică la cap. Organizarea de șantier, și anume: antecontractul de închiriere nr. 2632/21.10.2019 încheiat cu terțul susținător SRL, Încheierea nr. 30045 de înscriere în cartea funciară a imobilului, având ca proprietar pe SRL, extras de carte funciară, o schiță a organizării de șantier.

În concluzie, Comisia de evaluare constată că organizarea de șantier reprezintă în fond locația cu amenajările corespunzătoare și conform actului adițional la contractul de închiriere încheiat între ofertant și ..., aceste amenajări sunt deja existente.

Totodată din documentele depuse de ofertant în urma solicitării de clarificări a Comisiei de evaluare, rezultă ca principalele costuri cu organizarea de șantier sunt: plata chiriei pentru facilitățile deja existente și anume: platforme betoane, amenajarea depozitelor de materiale, iluminare organizare de șantier, căi de acces auto, bransamente/racordări utilități etc., așa cum sunt menționate în Antecontractul 2632/21.10.2019 și actul adițional, și alte cheltuieli (cum ar fi costul pentru vestiare, barăci, grupuri sanitare, pompier autorizat, pichete de incendiu, diverse), care conform Actului adițional la Antecontractul de închiriere nr. 2632/21.10.2019, SC SRL (terțul susținător) se obligă să le plătească așa cum reiese din articolul 2 *„Prețul închirierii imobilului susmenționat va fi de 360.000 lei fără TVA și va cuprinde toate cheltuielile aferente perioadei de 36 de luni.”*

În ceea ce privește ceilalți ofertanți care, spre deosebire de ofertantul Asocieria SC SRL au prezentat sume considerabil mai mari pentru organizarea de șantier, Autoritatea învederează că sunt de remarcat două aspecte:

- a) aceștia trebuie să pună bazele unei organizări de șantier *de la zero*, în vreme ce ofertantul Asocierea SC ... SRL închiriază de la terțul susținător o locație dotată cu toate facilitățile necesare organizării de șantier și, totodată îl implică pe terțul susținător în activitatea de construcție a drumului expres;
- b) există o practică ca ofertanții să cuantifice prețuri foarte mari pentru organizarea de șantier care nu reflectă întotdeauna realitatea, în detrimentul altor lucrări majore care se realizează ulterior organizării de șantier, pe parcursul derulării contractului, astfel încât să beneficieze de un cash-flow mai mare la începutul contractului decât pe parcursul executării acestuia.

Referitor la dispoziția Instanței din Hotărârea Civilă nr. privind prețul ofertat pentru articolul organizarea de șantier, respective aceasta a pus în sarcina autorității contractante "(...) să indice autoritatea motivat în fapt (prin raportare la documentație și documentele ofertei) și în drept dacă neconcordanțele semnalate în prezenta cauză au natura unor simple erori formale și/sau pot fi încadrate, cu respectarea principiilor egalității de tratament și a liberei concurențe între ofertanți, în categoria unei abateri tehnice minore a ofertei din perspectiva dispozițiilor normative menționate anterior", Comisia de evaluare constată că în apărările sale depuse pe parcursul litigiului, ofertantul a susținut că neconcordanța între prețul ofertat pentru articolul Organizare de șantier și justificarea acestui preț (urmare a solicitării de clarificare a Comisiei de Evaluare nr. 24/2636 din data de 16.06.2020) reprezintă "o simplă eroare strict formală și absolut nesemnificativă atât în economia de mii de pagini a ofertei intime, cât și asupra procedurii, al cărei clasament și rezultat nu ar fi alterate în niciun fel."

Astfel, ofertantul a confirmat în mod neechivoc că prețul ofertat pentru organizarea de șantier este de 360.000 lei: „Ca urmare, prețul ofertat pentru articolul Organizare de șantier aferent contractului „Proiectare și execuție Drum expres ... Tronsonul este de 360.000 lei, valoare asumată de intimată prin Formularul de Ofertă, cu respectarea tuturor cerințelor și Notelor din documentația de atribuire și, prin reducere la absurd, dacă afirmațiile nefondate ale petentei ar fi adevărate el ar reprezenta „o simplă eroare strict formală și absolut nesemnificativă atât în economia de mii de pagini a ofertei intime, cât și asupra procedurii, al cărei clasament și rezultat nu ar fi alterate în niciun fel.”

În consecință, urmare reanalizării Propunerii financiare a ofertantului conform celor stipulate de către Hotărârea Civilă nr., coroborat cu răspunsurile sale la solicitările de clarificări privind Organizarea de șantier (nr. 24/2636 din data de 16.06.2020 și respective nr. 24/481 din 13.01.2021) și cu susținerile ofertantului din apărările sale pe parcursul litigiului, Comisia de evaluare concluzionează că neconcordanța identificată între prețul din Propunerea financiară și justificarea depusă inițial de acesta reprezintă doar o simplă eroare formală care poate fi încadrată în categoria de abatere tehnică minoră. Reiterează Autoritatea faptul că documentul transmis inițial în data de 23.06.2020 privind Organizarea de șantier reprezintă în fond o justificare a prețului și nicidecum prețul pe care îl va plăti ofertantul pentru Organizarea de șantier, acest preț fiind menționat și

aumat în cadrul Propunerii financiare asumată de către toți membrii asocierii.

Acest aspect rezultă și din faptul că, urmare a punerii în aplicare a dispozițiilor Hotărârii Civile nr. și anume „(...) urmând a se reevalua oferta financiară inclusive prin solicitarea unor clarificări cu privire la costurile initial propuse de acest ofertant (...), ofertantul a justificat corespunzător prețul ofertat pentru organizarea de șantier de 360.000 lei, și a transmis documente concludente din care reies costurile pe care acesta le va plăti terțului susținător pentru punerea la dispoziție a Organizării de șantier și a celorlalte cheltuieli.

Astfel, rezultă că prețul ofertat pentru organizarea de șantier este de 360.000 lei și nu 1.250.000 lei.

De asemenea, este important de menționat că prețul Organizării de șantier raportat la faptul că majoritatea dotărilor/lucrărilor necesare unei Organizări de șantier există (nefiind necesar ca ofertantul să constuiască de la început o organizare de șantier nouă cu toate dotările), nu constituie o parte esențială în ansamblul lucrării. Autoritatea menționează că în cadrul unei lucrări de construcție de drumuri există elemente care au o relevanță semnificativ mai mare. Pentru o organizare de șantier importante sunt utilajele (stații de asphalt, de betoane autobetoniere, autobasculante, etc., alte echipamente și utilaje pentru buna desfășurare a activității, punerea în funcțiune și mobilizarea acestora), materialele ce vor fi depozitate, accesul înspre și dinspre șantier, și nicidecum realizarea împrejmuirii, realizarea utilităților, asigurarea birourilor, sau a materialelor de birotică, asigurarea vestiarelor/grupurilor sanitare sau a altor facilități pentru funcționarea în condiții normale a organizării de șantier în locația respectivă.

Mai mult decât atât, având în vedere faptul că ofertantul a confirmat că în cadrul sumei de 360.000 lei au fost incluse toate costurile necesare privind buna funcționare a Organizării de șantier, Comisia de evaluare consideră că nu există riscul ca ulterior semnării contractului, ofertantul să solicite costuri suplimentare pentru organizarea de șantier.

Pe cale de consecință Comisia de evaluare constată că ofertantul a răspuns concludent la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare justificând în mod adecvat prețul ofertat pentru organizarea de șantier, cu încadrarea în suma de 360.000 lei și, totodată, a transmis documente justificative concludente în acest sens. De asemenea, Autoritatea precizează că ofertantul nu și-a modificat propunerea financiară prin răspunsul la solicitarea de clarificări adresată de Comisia de evaluare în data de 13.01.2021, nefiind aplicabile prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Se arată că clarificarea suplimentară a acestor aspect față de oferta depusă initial de contestatoare și cu raportare la ofertele celorlalți operatori economici care au completat în mod correct informațiile în cadrul Propunerilor Tehnice, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire ar fi condus la nerespectarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă învederează Consiliului că toate apărările și trimiterile pe care le invocă contestatoarea nu au un fundament factic și bazat pe lege.

În concluzie, pentru motivele susmenționate, autoritatea contractantă solicit respingerea contestației, considerând neîntemeiate solicitările cuprinse în contestație, care este cu precădere, structurată în jurul unor simple aprecieri și opinii subiective.

Prin adresa nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SRL a formulat cerere de intervenție, prin care a solicitat: admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației depusă de

Intervenientul solicită Consiliului să analizeze această cerere, în principal, ca fiind o cerere de intervenție în interes propriu, iar în subsidiar, dacă va aprecia inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, intimata S.A., în sensul dispozițiilor art. 61 alin. (3) C.proc.civ.

1. În scopul justificării interesului legitim, ofertantul intervenient susține că a depus la data de 24.02.2020, prin intermediul SEAP, oferta pentru atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și Execuție Drum Expres, Tronsonul”.

2. Astfel cum rezultă din adresa autorității contractante nr. 92/15388/24.02.2021, de comunicare a rezultatului procedurii, oferta depusă de intervenient a fost declarată câștigătoare.

3. Ca urmare a declarării ofertei drept câștigătoare, intervenientul apreciază că are dreptul de a încheia contractul de achiziție publică, corelativ obligației autorității contractante de a încheia contractul cu acesta, după cum în mod expres arată dispozițiile art. 143 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016, adoptate prin HG 395/2016.

4. Întrucât contestația obiect al cauzei vizează inclusiv oferta câștigătoare și fie afirmă, fie sugerează aspecte neadevărate în legătură cu aceasta, iar potrivit dispozițiilor art. 15 din Legea 101/2016 procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, contradictorialității și asigurării dreptului la apărare, intervenientul opinează că are un interes legitim, născut și actual de a interveni în cauză pentru a-și proteja dreptul câștigat prin finalizarea procedurii de atribuire.

II. Ofertantul câștigător invocă excepția lipsei de interes în formularea contestației.

5. Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea 101/2016, *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.*

6. Potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/2016, *„în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a*

avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".

7. Potrivit art. 3 alin. (3) din Legea 101/2016, „în sensul alin. (1) Ut. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".

8. Prin contestația sa, în mod neechivoc, petenta contestă doar două aspecte, respectiv (I) excluderea ofertei sale ca inacceptabilă și (II) declararea ofertei intervenientului drept câștigătoare.

9. Se arată că petenta nu justifică interes în promovarea acțiunii sale întrucât, petenta s-ar situa pe locul 2 al clasamentului, în urma ofertantului, chiar și în ipoteza în care, prin reducere la absurd, contestația sa ar fi integral admisă.

10. De altfel, în condițiile în care propunerea tehnică a petentei ar fi punctată cu maximum de 50 de puncte, iar punctajul propunerii financiare este un simplu calcul matematic, nici măcar teoretic petenta nu ar avea ce să conteste în legătură cu punctarea ofertei sale.

11. Cu toate acestea, câștigătorul afirmă că, raportat la momentul comunicării rezultatului procedurii, 24.02.2021, termenul de formulare a contestațiilor, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016 a expirat, iar extinderea cadrului procesual pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia este expres catalogată drept inadmisibilă de legiuitor, prin dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016.

12. Ca urmare, la acest moment, petenta nu mai poate formula contestație împotriva actelor autorității contractante nici cu privire la evaluarea ofertei depuse de ofertantul și nici cu privire la punctajul acordat propriei oferte.

13. Mai mult, întrucât petenta nu critică oferta situată pe poziția secundă a clasamentului, înaintea ofertei sale, dacă aceasta ar fi considerată admisibilă și acceptabilă, petenta nu va mai putea critica ulterior, omisso medio, respectiva ofertă întrucât rezultatele evaluării ofertei îi sunt deja cunoscute dar a ales să nu le conteste.

14. În concluzie, având în vedere că nici în ipoteza în care, prin reducere la absurd, contestația petentei ar fi integral admisă, contestatara nu poate fi declarată câștigătoare a procedurii, intervenientul solicită Consiliului să observe că petenta nu justifică niciun interes în promovarea acestei acțiuni și, pe cale de consecință, să respingă contestația acesteia ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes.

III. Ofertantul câștigător susține că, faptul că petenta se află în cel puțin unul dintre cazurile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea 98/2016 a intrat în puterea lucrului judecat.

15. În ipoteza în care, deși prin modalitatea de formulare a contestației petenta nu poate fi declarată câștigătoare a procedurii nici în ipoteza în care demersul său ar fi integral admis, totuși, Consiliul va

aprecia că petenta justifică un interes personal material în cauză, câștigătorul solicită CNSC să respingă ca neîntemeiată contestația acesteia împotriva deciziei temeinice și legale a autorității contractante de a-i exclude oferta din procedură ca inacceptabilă.

16. Faptul că petenta se află în cel puțin în două cazuri de excludere dintre cele prevăzute la art. 167 alin. (1) din Legea 98/2016 a fost deja stabilit, printr-o hotărâre judecătorească definitivă, respectiv Decizia ..., pronunțată de Curtea de Apel în dosarul și astfel a intrat în puterea lucrului judecat.

17. Concret, prin Decizia definitivă nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel în dosarul ..., în legătură cu procedura de atribuire având ca obiect „Proiectare și Execuție Autostrada km 0+000-km 100+900, Sector ... km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000” instanța a arătat:

Curtea observă că, modalitatea de evaluare a ofertei este greșită, întrucât în privința acestui ofertant erau incidente cazuri de excludere.

.... a săvârșit o abatere profesională gravă care a determinat aplicarea sancțiunii excluderii de către, astfel că, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

18. Instanța judecătorească, cu legătură cu petenta din această cauză, iar nu cu un ofertant generic sau alt ofertant a reținut în mod expres atât faptele acesteia, respectiv:

Ofertantul se face vinovat de săvârșirea culpabilă a unor abateri profesionale constând în exercitarea unor practici financiare incorecte în cadrul procedurilor de achiziție vizând proiectul "... Improvement Project in", fapt care a condus la includerea sa temporară pe lista de excludere a Sancțiunea aplicată a fost rezultatul încheierii unei tranzacții între compania sancționată și (e. "Settlement Agreement"), ceea ce presupune, în mod automat, o recunoaștere a vinovăției cu care au fost săvârșite faptele constatate și sancționate de către

19. Prin aceeași hotărâre definitivă, instanța a stabilit și încadrarea faptelor petentei, din punctul de vedere al dispozițiilor Legii nr. 98/2016, respectiv:

Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 stabilesc faptul că se va dispune măsura excluderii dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ două condiții, respectiv: operatorul economic să fi comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea; și abaterea să poală fi dovedită prin orice mijloc de probă considerat adecvat. În acest sens, legiuitorul, a indicat, în mod exemplificativ deciziile unei autorități administrative.

În speță, aceste condiții sunt îndeplinite.

Faptele săvârșite de către ofertantul se înscriu în sfera noțiunii de "abatere profesională gravă" în sensul art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, deoarece produc un impact semnificativ asupra integrității și reputației profesionale a operatorului economic, inclusiv prin prisma faptului că vizează aspecte financiare ale procedurii de achiziție în legătură cu care au fost constatate.

Această situație reiese din documentul oficial emis de, care face referire la enitățile sancționate și sancțiunile dispuse, fila 125. vol. 2 dosar

achiziție publică, care reprezintă mijloc de probă adecvat, în sensul art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016.

20. În final, Curtea de Apel, în contradictoriu cu petenta, cu Asocierea câștigătoare și autoritatea contractantă din această cauză a arătat în mod neechivoc și sancțiunea incidentă pentru faptele reținute în sarcina petentei, respectiv:

Din perspectiva dispozițiilor art. 171 alin, 5 lit. b din Legea nr. 98/2016 sunt întrunite condițiile de excludere având în vedere că: ofertantul a comis fapte constituind nereguli în materia achizițiilor publice astfel cum s-a constatat prin Decizia aplicate în anul 2019, situație de natură a atrage, prin ea însăși incidența excluderii în cei trei ani ulteriori comiterii abaterilor profesionale grave astfel confirmate.

Termenul de trei ani prevăzut de dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 nu este împlinit în prezent având în vedere că, Decizia a fost emisă în anul 2019, iar prin Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțată în Cauza C-124/17, s-a reținut că, durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data deciziei prin care s-a dispus sancționarea comiterii abaterilor profesionale grave.

21. Potrivit jurisprudenței Înaltei Curți de Casație și Justiție, autoritatea de lucru judecat cunoaște două manifestări procesuale, aceea de excepție procesuală și aceea de prezumție, mijloc de probă de natură să demonstreze un anumit fapt în legătură cu raporturile juridice dintre părți. Dacă în manifestarea sa de excepție procesuală (care corespunde unui efect negativ, extinctiv de natură să oprească o nouă judecată), autoritatea de lucru judecat presupune tripla identitate de elemente (obiect, părți, cauză), nu tot astfel se întâmplă atunci când acest efect important al hotărârii se manifestă pozitiv, demonstrând modalitatea în care au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a se statua diferit. Altfel spus, efectul pozitiv al lucrului judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis. Puterea de lucru judecat, impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre.

22. Printre părțile dosarului ... al Curții de Apel, în care a fost pronunțată Decizia ... s-a aflat petenta, autoritatea contractantă din această cauză, dar și câștigătorul care consideră că, raportat la dispozițiile art. 431 alin. (2) C.proc.civ. poate invoca puterea lucrului judecat cu privire la acest aspect de fapt reținut de instanța judecătorească cu privire la situația personală a petentei și efectele acesteia asupra ofertelor sale.

23. Ca urmare, intervenientul solicită Consiliului să observe că autoritatea contractantă s-a limitat să respecte hotărârea judecătorească definitivă pronunțată în contradictoriu cu ea și petenta cu privire la unele aspecte ținând de situația personală a petentei, ce erau în egală măsură valabile la data depunerii ofertei sale în această procedură.

24. În concluzie, întrucât în legătură cu petenta existența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 a fost deja stabilită cu puterea lucrului judecat, iar și în această procedură petenta a „omis” să declare în DUAE sancțiunea ce-i fusese aplicată și care era în vigoare și producea efecte la data limită de depunere a ofertelor,

intervenientul solicită CNSC să observe că autoritatea contractantă a procedat temeinic și legal la excluderea petentei din procedură și, pe cale de consecință, să respingă contestația ca neîntemeiată.

IV. Ofertantul câștigător susține că contestația formulată de împotriva actelor autorității contractante prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă este neîntemeiată.

25. În situația în care, pe fondul cauzei, în ciuda faptului că printr-o hotărâre judecătorească definitivă s-a stabilit deja cu putere de lucru judecat că petenta se află în cel puțin unul dintre motivele de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea 98/2016 totuși, acest aspect mai poate fi repus în discuție în această cauză, intervenientul solicită Consiliului să observe că petenta recunoaște aspectele de fapt reținute de comisia de evaluare din Decizia definitivă nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel în dosarul și care au condus la decizia de excludere a acesteia din procedură, de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale.

26. Petenta recunoaște că „în data de 05.06.2019 a sancționat societățile (...) a impus o interdicție de participare de 9 luni" (pag. 5, par. final din contestație) și că „în baza regulamentului propriu al au fost induse (în măsurile sancționatorii - n.n.j și cele 730 de societăți afiliate, printre care și societatea noastră" (pag. 6, primul par. din contestație).

27. De altfel, câștigătorul menționează că petenta apare pe lista societăților sancționate, publicată de

28. Petenta mai recunoaște și că „Așa cum reiese din documentul emis de, sancțiunea aplicată inițial de aceasta a fost valabilă timp de 9 luni, în perioada 05.06.2019 - 04.03.2020" (pag. 9, par. 3 din contestație).

29. Concret, potrivit traducerii în limba română a comunicatului de presă publicat de pe pagina sa de internet (<https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2019/06/05/world-bank-group-debars-....-railway-construction-corporation-ltd-and-two-subsidiaries>), sancțiunile aplicate au fost:

„COMUNICAT DE PRESĂ / 5 Iunie 2019

Grupul elimină Ltd. și două din subsidiarele acesteia

..., 5 Iunie 2019 - a anunțat astăzi eliminarea pentru o perioadă de nouă luni a (...), companie de stat ... specializată în lucrări de construcții și proiectare, împreună cu subsidiarele sale deținute în totalitate), în legătură cu abaterile constatate în cadrul Proiectului de Modernizare a Coridorului de Autostradă .. din

Eliminarea este parte a unui acord de soluționare încheiat cu, ..și, în legătură cu abaterile constatate în cadrul procesului de achiziții pentru atribuirea unui contract de construcție de autostrăzi. Eliminarea include și cele 730 de societăți afiliate controlate de, cu excepția și afiliaților controlați de aceasta, care fac obiectul unui acord de soluționare separat încheiat cu în anul 2017.

Printre obiectivele proiectului s-au numărat reducerea costurilor utilizatorilor de drumuri pe o secțiune de autostradă din și consolidarea capacității autorității de drumuri de gestionare a rețelei rutiere. Conform faptelor prevăzute în acordul de soluționare, în timpul procesului de precalificare și de ofertare pentru atribuirea unui contract de construcție autostrăzi, cele trei societăți menționate au întocmit și au transmis

informații neadevărate privind personalul și echipamentele de care dispune ..., precum și privind experiența altor entități din cadrul grupului din care face parte și Conform Sistemului de Sancțiuni Administrative al, aceste acțiuni se consideră prartici frauduloase, așa cum sunt definite în Ghidul de Achiziții al

După perioada de eliminare de nouă luni, ..., ..., ... și cele 730 de societăți afiliate acestora vor beneficia de o suspendare condiționată a eliminării timp de 24 de luni. În această perioadă, entitățile vor putea participa la proiecte finanțate de către, cu condiția respectării obligațiilor prevăzute în acordul de soluționare. În caz contrar, suspendarea condiționată a eliminării se transformă în eliminare cu suspendare condiționată.

Acordul de Soluționare prevede o reducere o perioadei de eliminare, datorită recunoașterii responsabilității de către, ... și acțiunilor de remediere și corective voluntare implementate de aceștia, cooperării cu INT și altor factori care permit diminuarea sancțiunilor. Ca parte a condițiilor de suspendare a sancțiunii, companiile și afiliații acestora se angajează să consolideze programele lor de conformitate într-un mod care să asigure respectarea principiilor prevăzute în Ghidul de Integritate și Conformitate al Grupului Compania se angajează de asemenea să coopereze pe deplin cu Vicepreședintele pentru Integritate al Grupului"

30. Procedura obiect al prezentei cauze a fost declanșată la data de 21.08.2019, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 24.02.2020.

31. Ca urmare, intervenientul solicită Consiliului să observe că atât la momentul declanșării procedurii de atribuire, cât și la data limită pentru depunerea ofertelor, potrivit propriilor sale recunoașteri, petenta se afla în perioada de interdicție de a participa la procedurile de achiziție finanțate de, datorită practicilor frauduloase, respectiv „au pregătit și prezentat informații inexacte cu privire la personalul și echipamentele deținute (...) și cu privire la experiența deținută de alte entități din grup” .

32. Afirmatia petentei potrivit cu care nu este o filială a nu are nicio relevanță în opinia câștigătorului, având în vedere, pe de o parte că sancțiunea i-a fost aplicată ca afiliat controlat, iar nu ca filială și, pe de altă parte, că nici măcar petenta nu contestă aplicarea sancțiunii interdicției și nici faptul că atât demararea acestei proceduri, cât și data limită pentru depunerea ofertelor s-au aflat pe durata interdicției ce i-a fost aplicată.

33. Se reține că petenta mai afirmă că sancțiunea nu a fost aplicată în baza legislației achizițiilor publice în vigoare la nivel european, ci în baza regulamentului propriu al și concluzionează că, în opinia sa, o astfel de prevedere nu se regăsește în legislația în vigoare la nivel european și nici în legislația română specifică achizițiilor publice.

34. Ofertantul câștigător susține că afirmația petentei este vădit falsă, întrucât sancțiunea a fost aplicată pentru fraudă, iar aceasta este sancționată atât de legislația comunitară (art. 51 alin. (1) lit. c) din Directiva 2014/24/EU și art. 136 alin. (1) lit. c) din Regulamentul (EU, Euratom) 2018/1046), cât și de cea internă (164 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016).

35. Cât privește interpretarea, aceasta rezultă din comunicatul băncii și din definiția „practicilor frauduloase”, prevăzută de dispozițiile art.

1.16 [Fraudă și corupție], lit. (ii) și Nota 21 la acestea din Ghidul de Achiziții al, respectiv:

„Practică frauduloasă reprezintă orice acțiune sau omisiune, inclusiv prezentarea de informații denaturate, care în mod intenționat sau din neglijență induc în eroare sau încearcă să inducă în eroare o parte, în scopul obținerii unui avantaj financiar sau a unui alt avantaj sau pentru a evita o obligație.

În înțelesul acestui sub-paragraf „parte” se referă la un funcționar public; termenii „avantaj” și „obligație” vor fi înțeleși ca aflându-se în legătură cu procedura de achiziție sau cu executarea contractului iar „acțiunea sau omisiunea” au scopul de a influența procedura de achiziție sau executarea contractului” .

36. Petenta mai susține că, potrivit documentului intitulat „Agreement de Soluționare încheiat între și”, sub rezerva respectării condițiilor impuse prin acesta, nu se impune excluderea din proceduri a persoanelor sancționate.

37. Deși profund criticabilă, cel puțin din prisma faptului că petenta nu a indicat această situație autorității contractante, pentru ca aceasta din urmă să verifice respectarea sau nu a acelor condiții, intervenientul consideră că afirmația este și străină cauzei, întrucât la momentul depunerii ofertei, 24 Februarie 2020, petenta era în situația interzicerii participării, astfel cum a recunoscut, iar nu în perioada excluderii condiționate care, potrivit propriilor sale recunoașteri, a început abia în luna martie 2020, după depunerea ofertelor.

38. Intervenientul afirmă că în egală măsură străine cauzei sunt și susținerile petentei cu privire la faptul că nu ar fi participat în proiectul ce a dat naștere sancțiunilor aplicate.

39. Petenta a recunoscut deja că sancțiunea i-a fost aplicată de în calitate de afiliat controlat de persoanele responsabile pentru practicile frauduloase și care au recunoscut, prin documentul denumit „Agreement de Soluționare încheiat între și”, că au fost implicați în practici frauduloase pentru câștigarea unui contract de achiziție publică privind chiar o autostradă.

40. Or, atât timp cât asociații ce o controlează și-au recunoscut vinovăția, schimbarea societății prin care aceștia acționează nu poate conduce la eludarea sancțiunii ce li s-a aplicat, iar interpretarea dorită de petentă, potrivit cu care sancțiunea ce i s-a aplicat nu ar produce efecte pentru că nu a fost săvârșită de ea, ci de persoanele ce o controlează, nu poate fi primită tocmai pentru că ar lăsa fără efecte sancțiunea aplicată și pe care petenta o recunoaște.

41. De altfel, din comunicatul oficial al, datat 05.06.2019 rezultă explicit aplicarea următoarelor sancțiuni:

a. Excluderea de la participarea în procedurile de achiziție privind proiecte finanțate de (en. „Debarment”), pentru o perioadă de 9 luni (iunie 2019-februarie 2020) și

b. Neexcluderea condiționată de la participarea în procedurile de achiziție privind proiecte finanțate de (en. „Condițional Non-Debarment”) pentru o perioadă de 24 de luni, după expirarea perioadei de

9 luni menționată anterior (respectiv în perioada martie 2020-martie 2022).

42. Potrivit sistemului de sancțiuni al, noțiunea de Debarment [for a fixed term) implică interzicerea participării la procedurile de achiziție pentru proiecte finanțate de

43. Pe de altă parte, noțiunea de Condițional non-debarment implică faptul că entității sancționate nu îi este interzisă participarea în astfel de proceduri însă numai sub condiția îndeplinirii anumitor cerințe într-o perioadă de timp determinată, iar îndeplinirea respectivelor cerințe este confirmată de Ofițerul responsabil de conformitatea cu integritatea al (Integrity Compliance Officer - ICO) astfel încât, în situația participării la orice procedură de achiziție în cursul perioadei de aplicare a sancțiunii, entitatea sancționată va trebui să promoveze acest control de îndeplinire a respectivelor cerințe. În situația neîndeplinirii respectivelor cerințe, entitatea va fi sancționată cu interzicerea dreptului de a participa la procedurile de achiziție (Debarment) .

44. În cauză rămâne însă esențial faptul că la data limită de depunere a ofertelor, petenta se afla sub sancțiunea interzicerii dreptului de a participa la proceduri de achiziție publică (Debarment), care i-a fost aplicată în mod direct, având în vedere calitatea sa de afiliat controlat de societatea de stat chineză ce a săvârșit practicile frauduloase în legătură cu o procedură de achiziție și pe care le-a recunoscut, potrivit comunicatului

45. Ca urmare, la data depunerii ofertelor, indiferent de îndeplinirea oricărei condiții impuse prin acordul de înțelegere cu, petenta era în interdicția de a participa la proceduri finanțate de, pentru o abatere profesională gravă, pe care a și „omis” să o declare autorității contractante.

46. În egală măsură, câștigătorul afirmă că nu poate fi primită nici afirmația petentei potrivit cu care „situația unei societăți ce NU a comis nici o abatere profesională, afiliată însă unei alte societăți ce a comis abateri profesionale, NU este reglementată de art. 167 lit. c) sau lit. h) ca potențială situație de excludere”.

47. În primul rând, petenta figurează pe lista celor 730 afiliați controlați de cele trei companii sancționate pentru practici frauduloase, cu urmarea că activitatea sa, desfășurată sub controlul persoanelor direct responsabile de practicile frauduloase, este afectată de practicile frauduloase care „îi pune în discuție integritatea”, astfel cum se menționează în art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016.

48. Mai mult, intervenientul susține că simpla recunoaștere a petentei că sancțiunea i-a fost aplicată și nu a fost contestată, vădește faptul că petenta se face vinovată de abaterea pentru care i-a fost aplicată sancțiunea pe care nu a contestat-o, ci a ales să nu o facă cunoscută autorității contractante.

49. În al doilea rând, intervenientul arată că art. 167 lit. h) din Legea 98/2016 nu se referă la abatere, în sine, ci la simpla nereușită a ofertanților de a aduce la cunoștința autorității contractante situații ce ar putea constitui motive de excludere.

50. Ofertantul câștigător opinează că afirmațiile petentei cu privire la pretinsa lipsă de proporționalitate a sancțiunii excluderii din procedură se impune a fi respinse ca neîntemeiate. Concret, singurele variante

posibile din punct de vedere legal sunt fie (i) excluderea din procedură, fie (ii) permiterea participării la procedură. Dincolo de cele două variante, dispozițiile legale nu permit măsuri intermediare care, eventual, să fie individualizate și aplicate de la caz la caz, în funcție de gravitatea abaterii.

51. În cauză, petenta „a omis” să declare autorității contractante că la momentul depunerii ofertei făcea obiectul unei interdicții necondiționate de a participa la anumite proceduri de achiziție publică, sancțiune aplicată pentru practici frauduloase, respectiv declarații neadevărate cu privire la personalul, echipamentele și experiența deținute de alte entități din grupul controlat de aceleași persoane, făcute pentru atribuirea unui contract cu denaturarea concurenței și în detrimentul celorlalți ofertanți, iar singura măsură legală pentru această situație și „omisiunea” de a o declara este cea adoptată de autoritatea contractantă, respectiv excluderea din procedură.

52. Afirmația petentei potrivit cu care poate, în prezent, să participe la orice procedură de achiziție organizată de este, în același timp, contradictorie cu celelalte susțineri ale petentei și irelevantă cauzei.

53. Afirmația este contradictorie cu recunoașterea, repetată, de către petentă a faptului că până la 03.03.2022 participarea sa la proceduri este condiționată de îndeplinirea anumitor condiții, ce trebuie verificată de, deci „condiționată” și, respectiv, este străină cauzei pentru că, indiferent de situația actuală a petentei, la momentul depunerii ofertei sale în această procedură, 24.02.2020, petenta se afla sub incidența sancțiunii interzicerii necondiționate de a participa la procedurile finanțate de, indiferent de îndeplinirea sau nu a oricărei condiții.

54. Altfel spus, pentru că petenta se arată nelămurită despre „cum putem fi excluși de la prezenta procedură în condițiile în care nici măcar nu ne exclude la procedurile organizate de aceasta”, la data de 24.02.2020, când a depus oferta sa în această procedură, dată fiind sancțiunea interdicției de a participa la proceduri, pe care o recunoaște, petenta nu putea participa la nicio astfel de procedură, organizată de, iar participarea sa în această procedură ar fi putut fi permisă doar dacă petenta ar fi indicat autorității contractante situația în care se găsea și ar fi permis acesteia, în mod transparent, să verifice existența sau nu a cauzei de excludere din procedură.

55. Cât privește susținerile petentei cu privire la incidența dispozițiilor art. 171 din Legea 98/2016, intervenientul solicită CNSC să le respingă întrucât art. 171 alin. (3) vorbește expres despre „eliminarea legăturii cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător (...) pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite”, iar petenta nici măcar nu afirmă că ar fi rupt legăturile cu persoanele ce o controlează și au condus la aplicarea sancțiunilor asupra petentei.

56. Totodată, dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016 arată în mod expres că situațiile de excludere de la art. 167 se aplică dacă nu a trecut o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, ori, petenta era în această situație, a interdicției, la data depunerii ofertei în această procedură.

57. Nu în ultimul rând, intervenientul menționează că trimiterile petentei la dispozițiile art. 57 din Directiva 2014/24/UE se impun a fi respinse tocmai pentru că aceasta a ascuns autorității contractante sancțiunea interdicției de a participa la anumite proceduri, în vigoare la data depunerii ofertei în această procedură. Mai mult, în perioada de valabilitate a sancțiunii interdicției, nici măcar la nivel teoretic, petenta nu avea ce dovezi să furnizeze cu privire la fiabilitatea sa, atât timp cât petenta nu a contestat sancțiunea ce i s-a aplicat și, mai mult, aceasta a fost aplicată printr-un acord de recunoaștere a vinovăției.

58. Cât privește afirmațiile petentei cu privire la nesanționarea faptelor sale din această procedură de către legislația internă și comunitară, intervenientul solicită Consiliului să le respingă având în vedere că România este membru al și, odată cu aderarea la acest organism și-a asumat și obligația de a respecta deciziile acesteia, iar Uniunea Europeană, prin instituția bancară pe care o deține, Banca Europeană de Reconstrucție și Dezvoltare, s-a angajat, încă din anul 2010, prin „Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions”, să respecte și să pună în aplicare interdicțiile de această natură aplicate de celelalte instituții finanțatoare semnatare ale acordului, printre care și

59. Intervenientul precizează că susținerile petentei cu privire la Decizia și pretinsa „eroare materială” strecurată în respectiva decizie definitivă nu pot fi primite în această cauză, pe de o parte deoarece verificarea „erorilor materiale” din hotărârile judecătorești definitive excedă competenței materiale a CNSC și, pe de altă parte, întrucât petenta a formulat împotriva respectivei decizii contestația în anulare înregistrată pe rolul Curții de Apel sub nr. ... care încă nu este soluționată.

60. Cât privește încadrarea în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016, contrar susținerilor petentei, faptul că acesteia i-a fost aplicată sancțiunea interdicției de a participa la anumite proceduri de achiziție, pentru practici frauduloase în legătură chiar cu un proiect vizând o autostradă, iar petenta nici nu a contestat decizia și nici nu a întrerupt relația cu persoanele ce o controlează reprezintă o abatere gravă, în sensul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016, iar acordul dintre cele trei societăți sancționate și, prin care persoanele ce controlează petenta și-au recunoscut vinovăția, reprezintă în opinia intervenientului un mijloc de probă adecvat, întrucât provine chiar de la petentă, este recunoscut de aceasta, iar dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 nu se referă limitativ la decizii judecătorești sau ale unei autorități administrative, ci acestea sunt doar două exemple, astfel cum rezultă din formularea „cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative”.

61. În final, intervenientul susține că, în ce privește încadrarea în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea 98/2016, interpretarea pe care petenta, vădit pro causa, încearcă să o dea normei legale și concluziile pe care aceasta încearcă să le desprindă din practica pe care o invocă se impun a fi respinse ca nefondate și neîntemeiate.

62. Sub aspectul lipsei de fundament al susținerilor, acestea, interpretările și concluziile petentei nu schimbă faptul că la data depunerii ofertei, potrivit propriilor sale recunoașteri, petenta se afla sub sancțiunea interzicerii participării la anumite proceduri de achiziție, pentru practici

frauduloase, iar în DUAЕ a „omis” să aducă acest lucru la cunoștința autorității contractante.

63. În egală măsură, raportat la cele citate de petentă din considerentele Cauzei C-387/19 RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norre-Behaegel vs. Vlaams Gewest, decizia arată în mod neechivoc, în aprecierea câștigătorului, că art. 57 alin. (6) din Directiva 214/24/UE trebuie interpretat în sensul că se opune unei practici în care operatorii ar fi obligați să demonstreze în mod spontan, voluntar, la momentul depunerii ofertelor lor, măsurile corective adoptate, iar nu în sensul că operatorii nu trebuie să declare la momentul depunerii ofertelor faptul că sunt sub incidența unei interdicții datorată unor practici frauduloase recunoscute printr-un acord menit să reducă sancțiunile aplicate.

64. Ca urmare, față de cele de mai sus, intervenientul solicită CNSC ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună respingerea contestației.

V. Intervenientul invocă excepția lipsei de interes în formularea contestației împotriva ofertei sale.

65. În măsura în care Consiliul va respinge contestația petentei cu privire la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, intervenientul solicită respingerea criticilor acesteia îndreptate împotriva ofertei câștigătoare ca fiind formulate de o persoană lipsită de interes.

66. Fără a reveni asupra celor arătate la paragrafele 5 - 7 de mai sus, intervenientul susține că raportat la dispozițiile art. 2 alin. (1), coroborate cu cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea 101/2016, în cazul în care Consiliul va considera legală decizia autorității contractante de excludere din procedură a petentei și va respinge contestația acesteia sub acest aspect, petenta va ieși din sfera persoanelor care au sau au avut interes în legătură cu procedura de atribuire.

67. Ca urmare, în cazul respingerii criticilor petentei cu privire la excluderea ofertei sale din procedură, criticile îndreptate împotriva intervenientei vor fi fost, încă de la momentul introducerii contestației, formulate de o persoană lipsită de interes și se impune a fi respinse ca atare.

VI. Ofertantul câștigător învederează că îndeplinește toate cerințele privind capacitatea economică și financiară de a derula contractul.

68. Criticile aduse de petentă ofertei câștigătoare sub acest aspect sunt neîntemeiate și se bazează pe o interpretare proprie a considerentelor Deciziei Civile nr. 2127/2020, pronunțată de Curtea de Apel în dosarul 4808/2/2020, vădit contradictorie cu dispozitivul hotărârii.

69. Concret, după ce citează anumite pasaje ale considerentelor Deciziei 2127/2020, petenta arată că „apreciem că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta pe considerentele enunțate de Curtea de Apel, nu să o declare din nou câștigătoare a procedurii” deși dispozitivul deciziei arată în mod neechivoc că „obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de Asocieria SRL, ... SRL și SRL, prin liderul Asocierii SRL, după cum urmează: modul de îndeplinire a cerinței referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, lit. b)”.

70. În realitate, autoritatea contractantă a pus în executare Decizia Civilă nr. sens în care a adresat o solicitare de clarificări intervenientului, existentă la dosarul achiziției, prin intermediul căreia, cu privire la acest aspect i-a solicitat:

Comisia de evaluare va solicita:

1. să indicați în mod concret care sunt resursele financiare puse la dispoziție de terțul susținător SRL;

2. să transmiteți documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător SRL va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere în conformitate cu prevederile Notei 2 litera b) din Instrucțiuni către Ofertanti - Capitolul IU. 1.2 "Capacitatea economică și financiară" și anume b) documentele transmise ofertantului de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, care se constituie în anexe la angajamentul ferm. Documentele prezentate trebuie să indice concret care sunt resursele financiare pe care terțul le va mobiliza în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului sau se va afla în imposibilitatea derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm. Terțul susținător va dovedi prin documentele prezentate că deține toate resursele invocate ca element de susținere a ofertantului.

71. Prin răspunsul său, intervenienta susține că a clarificat resursele financiare puse la dispoziție de terțul susținător și a demonstrat atât resursele financiare ale acestuia, cât și cele ce pot fi mobilizate de acesta, ce depășesc mult plafonul solicitat.

72. Cu privire la „resurse financiare puse la dispoziție de terțul susținător”, spre deosebire de cifra de afaceri, Anunțul de participare nu prevede niciun prag minim.

73. Concret, astfel cum se poate observa din cuprinsul răspunsului său, intervenientul afirmă că a depus extrase bancare de cont, contract pentru acordarea unei linii de credit și Bilet la Ordin în alb, confirmate prin scrisoare bancară de bonitate, toate acestea demonstrând că are efectiv la dispoziție resursele indicate în cuprinsul Ofertei, iar susținerea acordată lui nu este doar la nivel declarativ.

74. Intervenientul arată că a ales să dovedească aceste aspecte în pofida flagrantei discriminări la care a fost supus prin aceea că i s-a solicitat să dovedească aspecte ce nu s-au cerut nici prin Fișa de date și nici prin solicitări de clarificări celorlalți ofertanti respectiv „resurse financiare”, iar nu „cifra de afaceri anuală generală” și, mai mult, i s-a cerut să dovedească acest aspect nu pentru perioada indicată în Fișa de date pentru toți ofertanții, respectiv anii 2016-2018, ci pentru anii în care se estimează că va fi executat contractul, respectiv începând cu anul 2021.

75. Cât privește modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului Angajament ferm de susținere, intervenientul precizează că a transmis autorității contractante reconfirmarea terțului susținător cu privire la Angajamentul ferm asumat, ce conține inclusiv descrierea detaliată de către acesta a modului efectiv în care va asigura îndeplinirea angajamentului său de susținere.

76. Astfel, intervenientul solicită CNSC să observe că a demonstrat nu doar îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire, ce se referă la „cifra de afaceri anuală generală” pentru anii 2016 - 2018 ci, în plus față de toți ceilalți ofertanți participanți la procedura, a demonstrat și resursele financiare disponibile pentru anul 2021 și următorii.

77. Opinia exprimată de petentă în sensul că „autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta pe considerentele enunțate de Curtea de Apel" este vădit contrară celor expres arătate în Decizia pronunțată și care au dobândit autoritate de lucru judecat, respectiv:

Va fi menținută în rest decizia CNSC, inclusiv cu privire la solicitarea privind respingerea ofertelor contestate ca fiind inacceptabile/neconforme, precum și anularea procedurii/contractului/acordului contractual având în vedere că revine autorității contractante nrin comisia de evaluare a ofertelor analizate în prezenta cauză obligația să procedeze la reevaluarea acestor oferte în conformitate cu cele reținute prin prezenta decizie, iar în urma stabilirii noilor rezultate în cadrul procedurii să rezulte clasamentul stabilit pe baza noilor evaluări, ipoteză în care se poate stabili de autoritatea contractantă însăși și în măsura întrunirii condițiilor prevăzute de lege fie continuarea procedurii, fie anularea acesteia.

78. Astfel, prin Decizia pronunțată, Curtea de Apel nu doar că nu a decis că se impune respingerea ofertei ci, din contră, a menținut expres soluția CNSC de respingere a cererii de excludere din procedură drept inacceptabile ori neconforme a ofertei câștigătoare, iar acest lucru a dobândit autoritate de lucru judecat în opinia intervenientului.

79. În ton cu derapajul petentei, ce afirmă că „apărările furnizate de Asocierea în fața CNSC și Curții sunt ridicole”, intervenientul subliniază penibilul afirmației contestatarei potrivit cu care, raportat la valoarea ofertată de acesta, de 617.080.915,60 Lei și cifra de afaceri a terțului susținător, „aceasta nu a demonstrat sub nicio formă cum ar putea susține realizarea plăților din cadrul contractului, în cazul în care Asocierea întâmpină dificultăți”, în condițiile în care ofertantul susține că este singurul care a demonstrat că are acces la „resurse financiare” în viitor, iar nu „cifra de afaceri” în anii 2016-2018 indicator care, doar în primele 6 luni ale anului 2020 se ridică în cazul său la 905.194.959 Lei.

80. Față de afirmațiile petentei, intervenientul se întreabă, dincolo de cifra de afaceri generală pe anii 2016-2018, ce „resurse financiare” disponibile pentru anii executării contractului. 2021 și următorii a demonstrat contestatara și, dacă este cazul, ce parte a acestora nu provine din fondurile sau a afiliaților săi, sancționați de tocmai în legătură cu practicile acestora?

81. În final, intervenientul solicită Consiliului să respingă ca neîntemeiate afirmațiile petentei potrivit cu care autoritatea contractantă „a permis Asocierii să vină cu completări pentru a îndeplini acest criteriu minim de calificare, respectiv capacitatea economică și financiară”.

82. În considerentele Deciziei ..., instanța a arătat în mod neechivoc posibilitatea autorității contractante de a solicita clarificări, respectiv:

Prin urmare în această situație, Curtea constată că revine comisiei de evaluare obligația de a verifica oferta în cauză prin raportare strictă la propriile cerințe de calificare, astfel cum au fost impuse tuturor

ofertanților, pentru a se asigura că ofertantul desemnat câștigător va avea la dispoziție electiv resursele indicate în cuprinsul ofertei, verificare care impune o reanalizare a ofertei inclusiv printr-o eventuală solicitare de clarificări cu respectarea principiilor prevăzute de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 în sensul celor reținute anterior.

83. Potrivit dispozițiilor art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016, „în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”.

84. Astfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, intervenientul susține că nu și-a completat sau modificat oferta, astfel cum susține petenta, ci a pus la dispoziția autorității contractante dovezile privind acele aspecte ale capacității sale economice și financiare în legătură cu care instanța de judecată a apreciat că există neclarități.

85. În final, intervenientul subliniază că, întrucât prin interpretarea dată acestei cerințe de calificare, instanța a adăugat la dispozițiile Fișei de date, aceasta nu cuprinde niciun prag minim pentru „resursele financiare pe care terțul le va mobiliza” și nici nu indică vreun document anume prin care această interpretare inovatoare a instanței ar fi urmat să fie probată de ofertanți, astfel cum în mod corect a observat și comisia de evaluare atunci când a arătat în solicitarea de clarificări:

Comisia de evaluare menționează faptul că este la latitudinea dumneavoastră de a alege tipul și conținutul documentelor transmise din care să rezulte atât resursele financiare pe care terțul le va mobiliza în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului cât și modul efectiv de îndeplinire a propriului angajament de susținere, cu condiția ca aceste documente să fie altele decât Angajamentul Ferm (Formularul 3A) și situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare pentru anii 2016, 2017 și 2018, pe care le-ați depus deja în cadrul prezentei proceduri.

86. În concluzie, intervenientul solicită CNSC să observe că a probat atât îndeplinirea cerinței concrete din Fișa de Date, privind „cifra de afaceri anuală generală”, cât și a cerinței suplimentare, aplicabilă aparent doar acestuia, cu privire la „resursele financiare” viitoare, ce a rezultat din interpretarea dată prin Decizia ... cerinței concrete din Fișa de Date și, pe cale de consecință, să respingă ca neîntemeiate criticile petentei cu privire la acest aspect al ofertei sale.

VII. Intervenientul susține că a demonstrat îndeplinirea cerinței privind experiența similară în proiectare.

87. Intervenientul arată că, ca și în cazul celor privind capacitatea economică și financiară, criticile aduse de petentă ofertei câștigătoare cu privire la experiența similară în proiectare se bazează pe o interpretare proprie a considerentelor Deciziei Civile nr. ... și sunt, în același timp, neîntemeiate și nefondate.

88. Față de considerentele Deciziei ..., prin solicitarea de clarificări nr. 24/481/13.01.2021, existentă la dosarul achiziției, autoritatea

contractantă a cerut ofertantului clarificarea a cinci aspecte cu privire la experiența similară în proiectare și resursele terțului său susținător.

89. Petenta acuză în mod nefondat că „autoritatea contractantă a acceptat completarea documentelor inițial depuse de către Asociera”.

90. Intervenientul solicită CNSC să observe, din cuprinsul răspunsului său la solicitarea de clarificări, că toate documentele solicitate erau deja depuse, odată cu Oferta, prin intermediul SICAP, iar singurele documente depuse împreună cu răspunsul său sunt reconfirmările cerute de comisia de evaluare din partea terțului susținător și a personalului cheie desemnat.

91. Concret, intervenientul afirmă că a înaintat comisiei de evaluare adresa terțului susținător prin care acesta a descris pe larg modalitatea în care va mobiliza resursele sale materiale și umane în cazul în care ar întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, a reconfirmat resursele umane și materiale depuse împreună cu Angajamentul Ferm de susținere și a demonstrat cu înscrisuri raporturile contractuale cu personalul indicat în susținere și deținerea mijloacelor materiale și a produselor software indicate în anexele Angajamentului ferm de susținere.

92. Intervenientul precizează că a mai arătat că personalul său, propriu, pe care îl va mobiliza pentru activitatea de proiectare este cel declarat în Ofertă, care se regăsește în Propunerea Tehnică, respectiv, conform cerințelor din Fișa de Date, în cadrul Form. 4.IV CP 4 - Planul de calitate al proiectului, paginile 750-754, unde poate fi observată lista personalului propriu, auxiliar personalului cheie, ce va participa efectiv la realizarea serviciilor de proiectare, sub coordonarea personalului cheie inclus în Ofertă.

93. În plus, la solicitarea expresă a comisiei de evaluare ca „raportat la situația lor reală, personalul cheie de proiectare își susține serviciile prin raportare strict la oferta tehnică asumată de ofertant”, intervenientul a obținut din partea personalului cheie și a transmis comisiei de evaluare declarații prin care fiecare dintre aceștia au reconfirmat declarațiile de disponibilitate depuse odată cu Oferta, respectiv că aceștia se află la dispoziția sa pe durata executării activității de proiectare.

94. În final, pentru a clarifica aspectul identificat prin Decizia Curții de Apel, respectiv „informații suplimentare care sa ateste ca serviciile de proiectare pentru cele 2 obiective de investiție (...) - au fost într-adevăr finalizate” intervenientul a depus avize CTE, recomandări din partea Beneficiarului serviciilor de proiectare și procese verbal de predare-primire documentații, pentru ambele contracte indicate drept experiență similară.

95. De altfel, lucrările proiectate sunt deja executate, recepționate și deschise traficului, în ceea ce privește Varianta de Ocolire ..., toate documentele fiind în posesia Beneficiarului Final al lucrărilor, respectiv autoritatea contractantă din procedură, ... SA, iar serviciile de proiectare pentru Autostrada, Lot 2 sunt finalizate și recepționate atât de beneficiarul acestora, cat și de Beneficiarul final, autoritatea contractantă din procedură, ... SA, fiind implementate în lucrările de construcție.

96. Nu în ultimul rând, întrucât chiar autoritatea contractantă din această procedură, ... SA este Beneficiarul final al tuturor acestor lucrări, este deja în posesia tuturor documentelor care demonstrează finalizarea

serviciilor de proiectare și nu a contestat niciodată acest aspect, chiar și fără a mai aminti și de dispozițiile art. 197 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative în sprijinul informațiilor declarate în DUAE în cazul în care autoritatea contractantă care a atribuit contractul de achiziție publică sau a încheiat acordul-cadru este deja în posesia documentelor respective, intervenientul apreciază că a clarificat dincolo de orice dubiu acest aspect considerat neclar prin Decizia invocată de petentă.

97. Dincolo de toate aceste dovezi, confirmări, reconfirmări și dispoziții legale, petenta apreciază, pur și simplu că intervenientul nu a „demonstrat în ce manieră va beneficia de participarea experților nominalizați la executarea contractului, având în vedere că aceștia sunt angajați ai terțului susținător.”

98. Intervenientul solicită CNSC să observe că atât personalul nominalizat, cât și terțul susținător, în raport de care petenta își manifestă îngrijorarea, au confirmat și apoi, urmare deciziei Curții de Apel, la solicitarea comisiei de evaluare, au reconfirmat participarea lor, alături de acesta, pe posturile pentru care au fost propuși, la realizarea contractului, dacă acesta va fi atribuit

99. Astfel, intervenientul solicită Consiliului să respingă și afirmațiile petentei prin care aceasta caracterizează drept „nule” toate actele ce nu-i convin, depășindu-și evident competența.

100. Concret, în condițiile în care susținerea terțului, astfel cum aceasta rezultă din Acordul ferm și anexele acestuia, toate reconfirmate la cererea comisiei de evaluare, după pronunțarea Deciziei invocate, vădesc fără echivoc că susținerea terțului implică atât resurse materiale, cât și resurse umane, altele decât persoanele aduce în discuție de petentă, argumentele sau, măcar, logica elementară ce încurajează petenta să facă o afirmație precum „în cazul în care va angaja acești experți, atunci susținerea devine nulă” pur și simplu lipsesc.

101. În egală măsură, intervenientul susține că lipsită de orice argument este și declararea de către petentă drept „nule”, cu de la sine putere, a declarațiilor de disponibilitate ale personalului cheie, mai ales în condițiile în care Declarațiile de Disponibilitate de la momentul depunerii Ofertei au fost reconfirmate, după pronunțarea Deciziei Curții de Apel, tocmai în scopul solicitării de clarificări, de către fiecare dintre membrii personalului propus, după ce a luat la cunoștință despre nelămuririle și neclaritățile ce planau asupra acestui aspect al Ofertei sale, fiecare arătând că își susține în continuare serviciile prin raportare strictă la oferta tehnică depusă de acesta.

VIII. Intervenientul susține că a justificat prețul ofertat.

102. Cu privire la acest aspect, prin solicitarea de clarificări nr. 24/481/13.01.2021, comisia de evaluare a solicitat:

Comisia de evaluare vă solicită:

1. *să transmiți justificarea modului în care veți realiza toate activitățile aferente Organizării de Șantier așa cum sunt menționate în Cerințele Beneficiarului raportat la activitățile pe care le-ați prezentat în Propunerea Tehnică împreună cu documente justificative și cu încadrarea în suma de 360.000 lei fără TVA, sumă stabilită de dumneavoastră în Propunerea Financiară pentru această categorie de activitate;*

2. *dacă în cadrul sumei de 360.000 lei fără TVA au fost incluse toate costurile necesare privind buna funcționare a Organizării de Șantier.*

103. Se menționează că considerentele Deciziei ... a Curții de Apel fac referire la respectarea Cerințelor Beneficiarului cu privire la costurile ce ar trebui cuprinse în categoria Organizare de Șantier, respectiv:

Răspunsul la clarificările adresate acesteia, dar prin luarea în considerare a împrejurării că aceste costuri sunt reflectate de necesitatea de a se respecta cerințele beneficiarului astfel cum au fost stabilite de însăși autoritatea contractantă, urmând a se reevalua oferta financiară inclusiv prin solicitarea unor clarificări cu privire la costurile inițial propuse de acest ofertant, respectiv dacă în cadrul acestora au fost incluse toate costurile privind organizarea de șantier care trebuie să cuprindă toate elementele impuse prin cerințele beneficiarului și pentru finalizarea lucrării care constituie obiectul contractului, respectiv să (...)

104. Cu toate acestea, intervenientul învederează că în Cerințele Beneficiarului nu există un capitol intitulat Organizare de Șantier și nici obligații ale Antreprenorului cu privire la această categorie cuprinsă în Propunerea Financiară.

105. Singura precizare referitoare la acest capitol se regăsește în cadrul Formulelor puse la dispoziție de autoritatea contractantă, mai exact în Formularul 4 - Propunerea Tehnică, punctul „V. Organizarea de Șantier și Surse de Materiale”, secțiunea „A. Ofertantul va prezenta modalitatea de realizare a organizării de șantier în conformitate cu prevederile Cerințelor Beneficiarului, precizând cel puțin următoarele aspecte”.

106. Ca urmare, considerentele instanței s-au referit strict la aceste dispoziții din Cerințele Beneficiarului și nu pot fi interpretate în sensul să s-ar referi la alte eventuale analogii și subordonări legislative, cu caracter general ce nu se regăsesc în Cerințele Beneficiarului.

107. Astfel, respectând întru-totul cerințele impuse prin documentația de atribuire, intervenientul susține că a oferat organizarea de șantier în ... imobilele (teren și construcții) necesare amplasării Organizării de șantier urmând a fi închiriate de la SC SRL, astfel cum rezultă din Anteacontractul de închiriere nr. 2632/ 21/10.2019.

108. Poziționarea imobilelor, pe centura veche a orașului Pitești, facilitățile existente deja în incinta viitoare organizări de șantier, accesul facil din toate direcțiile și inexistența cheltuielilor pentru instalare au influențat pozitiv în alegerea locației și au dus la formarea unui cost redus pentru această categorie inclusă în Propunerea Financiară.

109. Concret, terenul este împrejmuit, amenajat cu toate utilitățile și dotările necesare desfășurării oricărei activități implicate de organizarea de șantier și este riveran cu baza de producție a societății ..., aspecte ce conduc la inexistența vreunor costuri legate de realizarea drumurilor și lucrărilor temporare, readucerea terenului la starea inițială, platforme tehnologice, amenajare depozite de materiale, iluminare organizare de șantier, căi de acces auto, branșamente / racorduri utilități, desființare organizare de șantier.

110. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, intervenientul a transmis comisiei de evaluare defalcarea valorii Organizării de Șantier, ce

cuprinde elementele declarate în Propunerea Tehnică și a confirmat faptul că suma de 360.000 lei se referă strict la Organizarea de șantier, astfel cum a fost solicitată în Cerințele Beneficiarului și cum a fost pusă la dispoziție prin Anteccontractul de închiriere, iar nu la toată organizarea în șantierul necesar desfășurării lucrărilor, iar în cadrul sumei de 360.000 lei au fost incluse toate costurile necesare privind buna funcționare a Organizării de Șantier, așa cum a fost cuprinsă în Propunerea Tehnică, orice alte cheltuieli conexe bune desfășurări a activității fiind suportate din cheltuielile indirecte luate în calcul la întocmirea Propunerii Financiare.

111. Astfel, intervenientul afirmă că nu a modificat cu nimic Oferta sa și, în condițiile în care petenta nu a observat nici solicitarea de clarificări ce i-a fost adresată și nici răspunsurile sale, solicită Consiliului să respingă afirmațiile acesteia potrivit cărora răspunsul său la solicitarea de clarificări ar fi „o justificare clar defectuoasă”.

IX. Intervenientul susține că oferta sa a fost corect punctată din punctul de vedere al personalului cheie.

112. În această secțiune a contestației sale, petenta reia criticile sale nefondate și neîntemeiate cu privire la personalul cheie nominalizat de și încearcă să convingă, fără niciun argument și contrar chiar considerentelor deciziei pe care o citează in extenso că, de fapt, Oferta câștigătoare se impunea a fi respinsă fie pentru că Angajamentul ferm de susținere al terțului SA este „nul” sau, dacă nu e nul, atunci pentru că terțul trebuia declarat subcontractant.

113. Cu riscul de a reveni asupra celor arătate mai sus, intervenientul afirmă că, după pronunțarea Deciziei Curții de Apel, după ce au luat la cunoștință despre nelămuririle și neclaritățile ce planau asupra acestui aspect al Ofertei, tocmai în scopul solicitării de clarificări adresată de comisia de evaluare, fiecare dintre membrii personalului cheie propus au reconfirmat Declarațiile de Disponibilitate de la momentul depunerii Ofertei, respectiv au arătat că își susțin în continuare serviciile prin raportare strictă la oferta tehnică depusă de acesta, iar terțul susținător și-a reconfirmat Angajamentul ferm de susținere.

114. Contrar pseudo-raționamentului expus de petentă, întrucât Angajamentul Ferm depus odată cu Oferta și reconfirmat de terțul susținător din perspectiva neclarităților identificate prin Decizia Curții de Apel implică o susținere materială și umană ce depășește personalul cheie, indiferent de modul de conlucrare al subscrisei cu personalul cheie, angajamentul asumat de terț nu are cum să devină „nul”, chiar dacă admitem că petenta folosește termenul într-un sens nejuridic.

115. Cât privește a doua „concluzie” a petentei, indiferent dacă ar angaja experții cheie sau ar colabora cu aceștia în baza unui contract de colaborare, orice plată către terțul susținător pentru serviciile personalului cheie ar fi lipsită de cauză întrucât respectivii specialiști vor presta serviciile, iar nu terțul său susținător.

116. În final, intervenientul arată că teza potrivit cu care terțul susținător trebuia declarat subcontractant de specialitate a fost expres și neechivoc respinsă prin chiar Decizia Curții de Apel pe care se bazează, practic, întreaga contestație a petentei în ceea ce îl privește.

117. Concret, Curtea de Apel a arătat că:

În același timp. Curtea reține, similar celor verificate în privința cerinței de experiență similară în activitatea de proiectare, că dispozițiile legale aplicabile și documentația de atribuire nu impun în această situație că pentru personalul propus în acest scop să se prezinte un contract de subcontractare între ofertant și terțul susținător sau să existe legături juridice între personalul propus și ofertant specifice raporturilor de muncă sau de orice altă natură decât colaborare, ca de altfel nefiind lămurită nici situația incidentă în cauză în care experții propuși ar fi angajați ai terțului susținător, în condițiile în care toate aceste împrejurări nu ar împiedica în mod real ca experții să își susțină serviciile prin raportare strictă la oferta tehnică asumată de asocierea ofertant.

118. Fără a reveni asupra celor arătate în paragrafele 87 - 101 de mai sus, intervenientul susține că comisia de evaluare i-a solicitat clarificări prin care a urmărit inclusiv să se asigure că personalul cheie este într-adevăr disponibil pentru executarea contractului, iar acesta a răspuns solicitării cu reconfirmarea Declarațiilor de Disponibilitate a personalului propus, astfel încât nu există niciun motiv pentru depunctarea ofertei sale și, cu atât mai puțin, pentru respingerea ei, astfel cum nemotivat în fapt sau în drept afirmă petenta.

X. Intervenientul afirmă că oferta sa a fost corect punctată din punctul de vedere al perioadei de garanție ofertată.

119. Sub un prim aspect, contrar susținerilor petentei, Curtea de Apel nu a constatat nicăieri în cuprinsul Deciziei sale nici că a inclus sau nu ceva în Oferta sa și nici că „nu trebuia să obțină punctajul maxim la acest factor de evaluare” ci, din contră, că aceste aspecte nu au fost invocate împotriva sa (ci susținute „prin întâmpinarea formulată de la plângerea ...”) dar că, „dată fiind unicitatea cauzei”, lăsând la o parte limitele investirii instanței, aceste aspecte „se impunea a fi lămurite și sub aspectul ofertei intinatei asociere”, respectiv:

„...trebuia să indice și să detalieze că va înlocui minim o dată îmbrăcămintea bituminosă pe perioada celor 120 luni”. aspecte care deși nu au fost invocate în combaterea plângerii vizând oferta dată fiind unicitatea cauzei și a procedurii de atribuire dar și obiectul procedurii de atribuire, se impunea a fi lămurite și sub aspectul ofertei intinatei asociere.

120. Sub un alt aspect, intervenientul subliniază că autoritatea contractantă nu a solicitat prin documentația de atribuire schimbarea stratului de uzură, aspect recunoscut de autoritatea contractantă și reținut și de Curtea de Apel în Decizia pronunțată. Din contră, autoritatea contractanta a arătat în mod neechivoc faptul că sarcina înlocuirii stratului de uzură revine Beneficiarului, iar nu Antreprenorului.

121. Concret, prin Răspunsul nr. 43 din Clarificarea nr. 2, autoritatea contractantă a arătat:

Răspuns 43	Conform cap. 14 PERIOADA DE GARANȚIE din cadrul Cernitelor Beneficiarului: 14.1 Antreprenorul va fi responsabil de remedierea oricărui viciu și oricărei deteriorări a unei părți a Lucrărilor ce se poate produce sau poate apărea în Perioada de Garanțe și care: a) rezultă din folosirea unor Echipamente sau Materiale defectuoase, erori în Documentele Antreprenorului sau punerea în operă necorespunzătoare și/sau b) rezultă din orice acțiune sau lipsă de acțiune a Antreprenorului în Perioada de Garanție. "A se vedea și Clauza 61 Perioada de garanție din Condițiile Generale de contract unde se specifică: 61.1 Antreprenorul va fi responsabil de remedierea oricărui viciu și oricărei deteriorări a unei părți a Lucrărilor ce se poate produce sau poate apărea în Perioada de Garanție și care:
	(a) rezultă din folosirea unor Echipamente sau Materiale defectuoase sau din proiectare de către Antreprenor sau punerea în operă necorespunzătoare; și/sau (b) rezultă din orice acțiune sau lipsa de acțiune a Antreprenorului în Perioada de Garanție. [-]
	În Perioada de Garanție, Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzura normală a Lucrărilor produsă, pentru fiecare parte din Lucrări, începând cu data de începere a utilizării părții respective de către Beneficiar potrivit prevederilor clauzei 59 [Utilizarea Lucrărilor înainte de Recepția la Terminarea Lucrărilor] sau, dacă nu există o asemenea dată, de la data de aprobare a Recepției la Terminare. De asemenea, Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzura sau deteriorări care rezultă dintr-o utilizare necorespunzătoare a Lucrărilor." Prin urmare pe întreaga perioadă de garanție a drumului expres (între 5 ani și 10 ani în funcție de perioada de garanție oferită conform criteriului de atribuire) responsabilitatea refacerii marcajului revine în totalitate Antreprenorului.

122. Astfel, intervenientul solicită CNSC să observe că Beneficiarul însuși a arătat că sarcina de a înlocui stratul de uzură îi aparține.

123. Mai mult, înlocuirea stratului de uzură este o lucrare de întreținere periodică a drumului, pentru a compensa uzura normală a acestuia, iar nu o lucrare în legătură cu structura rutieră pentru care ofertanții oferă garanția suplimentară, dispozițiile art. 44 din Normativul AND 596/2009 pentru întreținerea autostrăzilor pe criterii de performanță fiind neechivoce în acest sens, respectiv:

Art. 44. – (1) Lucrările și serviciile privind întreținerea autostrăzilor constau în totalitatea activităților de intervenție ce se execută în tot timpul anului, determinate de uzura sau degradarea în condiții normale de exploatare. Acestea au ca scop asigurarea condițiilor tehnice necesare desfășurării circulației rutiere în siguranță cu respectarea normelor în vigoare, precum și de a menține acest patrimoniu public în stare permanentă de curățenie și aspect.

(2) Realizării lucrărilor specifice de întreținere și reparații și în special, a celor pentru siguranța circulației rutiere, li se va acorda o importanță deosebită. Dintre acestea se remarcă următoarele:

-întreținerea dispozitivelor și echipamentelor de siguranță a circulației rutiere (indicatoare, portale de semnalizare, parapete etc.);

-refacerea sistematică a marcajului, în special pe sectoarele unde ghidarea utilizatorilor este esențială pentru siguranța circulației (noduri rutiere, benzi suplimentare etc.);

-îmbunătățirea aderenței suprafeței de rulare prin realizarea de covoare asfaltice rugoase;

(4) Lucrările de întreținere pot fi:

a) lucrări de întreținere curentă care se execută permanent pentru menținerea curățeniei, esteticii, asigurarea scurgerii apelor și pentru eliminarea unor degradări punctuale;

b) lucrări de întreținere periodică sunt acele lucrări ce se execută periodic și planificat în scopul compensării parțiale sau totale a uzurii produse structurii rutiere, lucrărilor de artă, de siguranță rutieră și clădirilor anexe aferente autostrăzilor

124. Or, întrucât obligația înlocuirii stratului de uzură nu este în sarcina Antreprenorului, ci a Beneficiarului, niciunul dintre ofertanți nu putea prețui aceste lucrări în cadrul Propunerilor Financiare.

125. Apoi, cât privește modalitatea de susținere a perioadei de garanție oferțate, autoritatea contractantă a arătat, prin Formularul nr. 4 - Propunerea Tehnică, Capitolul IX - „Orice alte informații relevante pentru demonstrarea conformității Propunerii Tehnice raportat la Cerințele Beneficiarului”, Secțiunea I - „Perioada de garanție a lucrărilor”, Nota 6, modul în care ofertanții trebuie să susțină perioada de garanție oferțată, respectiv:

Nota 6: Perioada de garanție oferțată va fi susținută prin specificarea în cadrul Propunerii Tehnice a materialelor și tehnologiilor pe care Ofertantul le va utiliza în vederea asigurării calității lucrării pe întreaga perioadă de garanție oferțată. Prin propunerea tehnică, ofertantul va descrie modul în care planul de management al calității va asigura nivelul necesar de calitate al rezultatelor sale și al proceselor de lucru, prin prezentarea abordării generale și metodologiei pentru realizarea activităților din cadrul contractului (proiectarea și executarea lucrărilor), inclusiv prin descrierea detaliată a metodelor de lucru pentru componentele majore ale lucrărilor și a materialelor pe care le va pune în operă, astfel încât ofertarea unei garanții extinse a lucrărilor să nu se facă doar la nivel declarativ în vederea obținerii unui punctaj mare pentru acest factor de evaluare.

126. Intervenientul arată că a respectat toate aceste cerințe ale autorității contractante, sens în care a prevăzut în detaliu în cadrul Propunerii tehnice atât modul în care planul de management al calității asigură nivelul de calitate necesar perioadei de garanție oferțate, cât și metodele de lucru și materialele ce vor fi folosite pentru a asigura perioada de garanție oferțată, cu urmarea că, potrivit chiar dispozițiilor documentației de atribuire, perioada de garanție oferțată de acesta nu poate fi considerată doar la nivel declarativ.

127. De altfel, intervenientul solicită CNSC să observe că modalitatea de susținere a perioadei de garanție nu implică schimbarea stratului de uzură și, contrar susținerilor petentei, nici Normativul AND 554/2002 nu implică schimbarea acestuia de către Antreprenori, ci de către administratorul drumului, cu titlu de lucrări de reparații capitale periodice, pentru compensarea uzurii produse ca urmare a exploatării normale.

128. Concret, dispozițiile invocate de petentă, respectiv cele din Anexa 4 a Normativului AND 554/2002 nu impun schimbarea stratului de

uzură, ci arată că „durata normală de funcționare în ani” a îmbrăcăminții bituminoase realizate din mixturi cu polimeri sau din mixturi stabilizate cu fibre este de 5 ani în cazul unei intensități medii zilnice anuale de trafic, în vehicule fizice de peste 16.000.

129. Cu toate acestea, potrivit aceleiași Anexe 4, lit. (A), „Durata normală de funcționare a unui drum este durata de utilizare în condiții normale de exploatare, exprimată în ani, de la darea în circulație a drumului, ca nou și până la introducerea sa în prima reparație capitală sau între două reparații capitale”.

130. Potrivit aceleiași Anexe 4, lit. (H), expirarea „duratei normale de funcționare” nu conduce automat la o reparație capitală, ci „Durata inițială de funcționare sau între două reparații capitale va putea fi prelungită în cazul în care starea tehnică a sistemelor rutiere existente și capacitatea portantă a drumului se mențin în limite admisibile prevăzute de reglementările tehnice în vigoare la data expirării duratei normale de funcționare”.

131. Ca urmare, dincolo de faptul că Normativul citat nu impune schimbarea stratului de uzură la expirarea duratei normale de funcționare a unui drum, reglementarea tehnică arată neîndoios faptul că intervențiile de reparație se fac doar dacă și acolo unde starea tehnică a sistemelor rutiere nu mai respectă limitele admisibile, deci ar avea rezultate neconforme la testele prevăzute de legislație.

132. Chiar dacă pentru un drum expiră durata normală de funcționare în cadrul perioadei de garanție și necesită reparații capitale, acest lucru tot nu echivalează cu impunerea schimbării stratului de uzură de către Antreprenor, întrucât intervenția urmărește compensarea uzurii normale, iar nu corectarea eventualelor deficiențe ori defecte datorate proiectării, execuției sau materialelor înglobate în lucrări, care împreună formează sfera garanției constructorului pentru structura rutieră.

133. În acest sens, art. 13 alin. (1) și (2) din Normativul AND 554/2002 arată neechivoc:

Art. 13 – (1) Lucrările de reparații o drumurilor publice constau în totalitatea lucrărilor fizice de intervenție care au ca scop compensarea parțială sau totală a uzurii fizice și morale produsă ca urmare a exploatării normate sau a acțiunii agenților de mediu, îmbunătățirea caracteristicilor tehnice la nivelul impus de traficul maxim pentru numărul de benzi de circulație existente, refacerea sau înlocuirea de elemente sau părți de construcții ieșite din uz care afectează rezistența, stabilitatea, siguranța în exploatare și protecția mediului.

(2) În funcție de modalitatea de intervenție lucrările de reparații pot fi :

- a) reparații curente;*
- b) reparații capitale.*

134. Potrivit dispozițiilor art. 13 alin. (4) din Normativul AND 554/2002, „Lucrările de reparații capitale sunt cele care se execută periodic în scopul compensării totale a uzurii fizice și morale sau a ridicării caracteristicilor tehnice ale drumurilor, podurilor și anexelor acestora la nivelul impus de creșterea traficului rutier și în raport cu cerințele categoriei din care face parte drumul, ținând seama atât de condițiile

prezente, cât și cele de perspectivă. În cap. E al anexei 2 la prezentul normativ sunt detaliate aceste lucrări".

135. Potrivit cap. E din Anexa 2 la Normativul AND 554/2002, lucrările de reparații capitale constau în:

E	Reparații capitale la drumurile publice
120.	Consolidarea corpului drumului, terasamentelor, versanților, ameliorări de albie, consolidarea zidurilor de sprijin de volum mare, a copertinelor de protecție împotriva avalanșelor
121.	Reabilitări ale sistemelor rutiere, amenajări ale variantelor ocolitoare pe trasee existente
122.	Consolidări și reabilitări de poduri și pasaje: definitivări ale podurilor având lungimea până la 40m inclusiv: consolidarea și reabilitarea podurilor, pasajelor și podețelor; lărgirea și ridicarea clasei de încărcare
123.	Consolidări ale structurii de rezistență, extinderi, modernizări ale clădirilor, aferente drumurilor publice

136. Astfel, intervenientul solicită Consiliului să observe că înlocuirea stratului de uzură nu este o cerință impusă Antreprenorilor prin Normativul AND 554/2002, ci o obligație a Beneficiarului, a administratorului drumului, în eventualitatea în care starea tehnică a sistemelor rutiere existente nu se menține în limite admisibile, potrivit rezultatelor la teste, observații și măsurători directe, astfel cum arată dispozițiile aceleiași Anexa 4, lit. (H) alin. (2) din Normativul AND 554/2002.

137. Or, astfel cum lesne se poate observa din cuprinsul „Metodologiei de execuție a lucrărilor”, parte a Ofertei, Formularul 4, Vol. II, pag. 503-508, ofertantul a luat în calcul și a prevăzut toate testele necesare determinării stării tehnice a drumului și și-a asumat toate obligațiile legale și contractuale cu privire la perioada de garanție a lucrărilor și remedierea tuturor și oricărui vicii ar putea afecta lucrările ca urmare a activităților sale de proiectare și executare a lucrărilor ori datorită materialelor folosite de acesta la realizarea drumului, dar întreținerea drumului și activitățile de întreținere periodică a drumului nu fac obiectul contractului, implicit, nici schimbarea stratului de uzură.

138. Ca urmare, intervenientul solicită CNSC să observe că a oferat în mod corect și acest aspect legat de garanția oferită lucrărilor, atât prin Propunerea Tehnică, cât și prin propunerea Financiară și și-a asumat toate obligațiile ce reies din lege și documentația de atribuire în legătură cu garanția acordată lucrărilor, astfel încât contestația petentei cu privire la acest aspect se impune a fi respinsă ca neîntemeiată.

139. În concluzie, față de toate cele de mai sus, intervenientul solicită CNSC ca prin decizia ce o va pronunța să dispună admiterea prezentei cereri de intervenție și, pe fond, să dispună respingerea contestației formulată de împotriva rezultatului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și Execuție Drum ... - ..., Tronsonul ..., număr SEAP ...

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ... formulează *Concluzii scrise* în urma studierii dosarului achiziției publice, precizând următoarele:

I. Referitor la cererea de intervenție formulată de Asocieria

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire a contractului „Proiectare și Execuție Drum Expres ..., Tronsonul” („procedura de atribuire”), Anunț de participare în SEAP nr. ..., contestatorul susține că a formulat contestația ce face obiectul soluționării prezentei cauze, Dosar CNSC nr.

Contestația vizează două critici principale cu privire la actele nelegale emise de către autoritatea contractantă.

Prima critică se referă la nelegala excludere a ofertei, aspect sub care petentul a solicitat CNSC, anularea Raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale prin prisma motivelor dezvoltate în contestație.

Cea de a doua critică vizează obligarea autorității contractante la anularea deciziei de admitere și declarare câștigătoare a ofertei ASOCIERII SRL - SC SRL, ofertă care în opinia contestatorului a fost declarată, în mod nelegal, admisibilă și câștigătoare a procedurii.

Se arată că în data de 18 martie 2021, Asocierea depune la dosarul cauzei o cerere de intervenție.

În ceea ce privește calificarea naturii juridice a cererii de intervenție ca fiind principală sau accesorie, contestatorul învederează Consiliului următoarele:

În conformitate cu prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.”

Potentul observă că Legea nr. 101/2016 nu determină natura juridică a cererii de intervenție formulată într-un litigiu privind achizițiile publice, ci face trimitere la Codul de procedură civilă (NCPC).

Potrivit dispozițiilor art. 61 alin. (2) NCPC: „Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta”, iar conform dispozițiilor art. 62 alin. (1) „Cererea de intervenție principală va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată”.

Având în vedere aceste dispoziții legale, petentul consideră că intervenția principală este o veritabilă acțiune civilă deoarece prin intermediul ei partea urmărește valorificarea unui drept subiectiv.

Potrivit legislației speciale, respectiv prevederile art. 2 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 3 alin. (1), litera a) din Legea nr. 101/2016, în materia achizițiilor publice persoanele care se consideră vătămate într-un drept ori într-un interes legitim al lor, pot ataca actele autorității contractante emise în legătură sau în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică.

Acesta este cazul formulării contestației de către împotriva rezultatului procedurii de atribuire a contractului „Proiectare și Execuție Drum Expres Tronsonul”.

Se menționează de către petent că, prin cererea de intervenție, Asocierea nu urmărește valorificarea unui drept subiectiv propriu,

simplul fapt al declarării ofertei sale ca fiind câștigătoare nu naște un astfel de drept, nici măcar eventuala, sau posibila încheiere a unui contract nu are caracteristicile și exigențele unui drept subiectiv deja născut, autoritatea contractantă, CNSC sau instanțele judecătorești având posibilitatea cenzurării deciziilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică sau anularea procedurii de achiziție.

Prin urmare, petentul nu poate califica cererea de intervenție formulată de Asocierea ca fiind principală, natura juridică a acesteia fiind eminemamente accesorie, potrivit prevederilor art. 61 alin. (3) NCPC: „Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți.”

Cu alte cuvinte, cererea de intervenție formulată în cauză de către Asocierea intenționează exclusiv să sprijine autoritatea contractantă în decizia pe care aceasta a luat-o cu privire la declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare și nu protecția sau valorificarea vreunui drept subiectiv propriu.

În schimb, petentul consideră că Asocierea nu justifică nici un fel de interes în a sprijini autoritatea contractantă în decizia pe care aceasta a luat-o cu privire la excluderea ofertei (punctele II și III din cererea de intervenție).

Interesul, una din condițiile de exercițiu ale acțiunii civile, este folosul practic pe care intervenienta îl urmărește, acesta trebuind să fie determinat, legitim, personal, născut și actual, conform dispozițiilor art. 33 din Codul de procedură civilă.

Constată petentul că intervenienta nu urmărește nici un fel de folos practic prin excluderea ofertei noastre, aceasta chiar afirmând în cererea de intervenție (pct. 9) că, citează:

„9. Petenta nu justifică interes în promovarea acțiunii sale întrucât, petenta s-ar situa pe locul 2 al clasamentului, în urma ofertantului, chiar și în ipoteza în care, prin reducere la absurd, contestația sa ar fi integral admisă.”

Dacă Asocierea consideră că nu ar avea interes, ceea ce nu este adevărat în opinia petentului, atunci de ce aceasta ar avea interes în menținerea excluderii ofertei sale?

Față de aceste precizări, contestatorul ridică excepția lipsei de interes a intervenției formulate de către Asocierea în ceea ce privește criticile aduse ofertei sale.

II. Referitor la excepția lipsei de interes a în formularea contestației, petentul reține că,

Atât autoritatea contractantă în Punctul de vedere nr. ... din 22 martie 2021, cât și intervenienta în cererea sa, ridică excepția lipsei de interes a în formularea contestației.

Autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 32 și art. 33 NCPC referitoare la condițiile de exercitare a acțiunii civile și la caracterele interesului, dar nu observă dispozițiile legii speciale, Legea nr. 101/2016 care definește interesul ca fiind, art. 3 alin. (3): „În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost

notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instantă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac."

Această prevedere transpune la nivel național Directiva 66/2007 a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice, respectiv cu incidență în cauză, articolul nou introdus în Directiva 89/665/CEE: 2 a) alineatul (2), paragraful 2:

„Se consideră că ofertanții sunt interesați dacă nu au fost încă excluși definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluționarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac."

Intervenienta Asocieria invocă dispozițiile art. 2 alin. (1), coroborate cu cele ale art. 3 alin. (1) lit. f) și cele ale art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, prevederi care constituie tocmai temeiul legal al dovedirii interesului petentului în formularea contestației, în schimb, afirmă că oferta este clasată în urma ofertantului și o eventuală admitere a contestației sale nu ar putea influența clasamentul în privința acestuia.

Mai susține intervenienta că:

„11. Cu toate acestea, raportat la momentul comunicării rezultatului procedurii, 24.02.2021 termenul de formulare a contestațiilor, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016 a expirat, iar extinderea cadrului procesual pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia este expres catalogată drept inadmisibilă de legiuitor, prin dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016.

12. Ca urmare, la acest moment, petenta nu mai poate formula contestație împotriva actelor autorității contractante nici cu privire la evaluarea ofertei depuse de ofertantul și nici cu privire la punctajul acordat propriei oferte.

13. Mai mult, întrucât petenta nu critică oferta situată pe poziția secundă a clasamentului, înaintea ofertei sale, dacă aceasta ar fi considerată admisibilă și acceptabilă, petenta nu va mai putea critica ulterior, omisso medio, respectiva ofertă întrucât rezultatele evaluării ofertei îi sunt deja cunoscute dar a ales să nu le conteste."

Și concluzionează intervenienta:

„14. În concluzie, având în vedere că nici în ipoteza în care, prin reducere la absurd, contestația petentei ar fi integral admisă, contestatară nu poate fi declarată câștigătoare a procedurii, vă solicităm respectuos să observați că petenta nu justifică niciun interes în promovarea acestei acțiuni și, pe cale de consecință, să binevoiți a respinge contestația acesteia ca fiind formulată de o persoană lipsită de interes."

În primul rând, contestatorul afirmă că prin Comunicarea rezultatului procedurii nr. 92/15389 din 24.02.2021 (anexa nr. 1 la contestația depusă) nu i-a fost adus la cunoștință faptul că oferta a fost declarată admisibilă și a fost clasată înaintea ofertei

Această informație a ajuns la cunoștința petentului abia în data de 23.03.2021, dată la care autoritatea contractantă i-a transmis Punctul de vedere cu privire la contestația sa, iar raportul procedurii (în care mai

apare această informație) a fost publicat pe data de 23.03.2021, cu 14 zile mai târziu decât data depunerii contestației de către

Contestatorul face precizarea că oferta a fost clasată pe locul 2, dar evident NU a fost declarată câștigătoare a procedurii, deci nu a fost verificată din punct de vedere al documentelor doveditoare aferente declarațiilor din DUAЕ. Chiar în cazul în care oferta Asocierii ar fi respinsă ca urmare a contestației promovate de, iar oferta petentului ar fi admisă, aceasta nu ar însemna că oferta sa va fi automat clasată pe locul II, iar oferta declarată câștigătoare. Până la soluționarea prezentului litigiu este posibil ca să își retragă oferta, să nu își prelungească valabilitatea acesteia, să nu prelungească valabilitatea garanției de participare, să eșueze în prezentarea documentelor doveditoare aferente declarațiilor din DUAЕ, să nu prezinte aceste documente în mod concludent sau documentele să nu îi susțină declarațiile.

În al doilea rând, contestatorul susține că în cauzele ce au făcut obiectul dosarului nr. ... (dosare conexate nr. ... și nr. ...) au fost soluționate mai multe plângeri ce invocau și excepții de lipsă de interes, inclusiv a ofertantului, clasat în această procedură „Proiectare și Execuție Drum Expres ..., Tronsonul ...”, pe locul al VIII-lea și care nu a criticat pe nici unul din ofertanții clasati superior, nici măcar pe cel aflat pe locul I, adică Asocierea

Curtea de Apel, prin Decizia civilă nr. ... din 16.11.2020, a respins excepțiile lipsei de interes, inclusiv cea ridicată față de ofertantul, invocând exact textele de lege indicate de intervenientă în cererea sa.

Față de toate aceste considerente, contestatorul solicită respingerea excepției lipsei de interes a, ridicată de intervenienta Asocierea și de către autoritatea contractantă, ca fiind nefondată.

III. Referitor la puterea lucrului judecat invocat de către intervenienta Asocierea

Contestatorul observă că intervenienta Asocierea invocă în cererea sa „Faptul că petenta se află în cel puțin unul dintre cazurile de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea 98/2016 a intrat în puterea lucrului judecat.”

Intervenienta invocă Decizia civilă nr. ... pronunțată de Curtea de Apel în dosarul, în legătură cu procedura de atribuire având ca obiect „Proiectare și Execuție Autostrada de km 0+000-km 100+900, Sector km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000”.

Consideră intervenienta că prin Decizia mai sus menționată aspectele litigioase în raporturile dintre părți „fără posibilitatea de a se statua diferit” au fost dezlegate definitiv, respectiv „existența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 a fost deja stabilită cu puterea lucrului judecat, iar și în această procedură petenta a „omis” să declare în DUAЕ sancțiunea ce-i fusese aplicată și care era în vigoare și producea efecte la data limită de depunere a ofertelor.”

Cu privire la motivele de excludere indicate de către autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii, contestatorul arată că

a formulat apărări în cadrul contestației și le va detalia la punctele următoare din prezentele concluzii scrise.

În ceea ce privește prezumția puterii lucrului judecat contestatorul învederează Consiliului următoarele:

Puterea lucrului judecat, ca efect pozitiv al lucrului judecat, se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis, dezlegarea fiind deja dată asupra problemei de drept dedusă judecării.

Decizia civilă nr., pronunțată de Curtea de Apel în dosarul ..., nu dezleagă definitiv o problemă de drept dedusă judecării, fiind pronunțată exclusiv în cauză, respectiv în legătură cu procedura de atribuire având ca obiect „Proiectare și Execuție Autostrada de km 0+000-km 100+900, Sector ... km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000”.

În conformitate cu dispozițiile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 „Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”, iar potrivit alineatului 2 al aceluiași articol „În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.”

Aceste texte de lege statuează că incidența oricăruia dintre motivele prevăzute de art. 164 și 167 nu atrage în mod automat excluderea unui operator economic dintr-o procedură de achiziție și, în nici un caz, existența anterioară a unui motiv de excludere nu este perpetuă și aplicabilă tuturor procedurilor de atribuire la care un operator economic depune oferte.

În acest sens a se vedea Decizia Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțată în cauza C-465/11 Forposta SA, invocată și în contestație, din care petentul citează:

„34 În plus, reglementarea națională în discuție în litigiul principal determină ea însăși parametrii pe baza cărora un comportament trecut al unui operator economic obligă autoritatea contractantă în cauză să excludă în mod automat acest operator de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice nou-încheiat, fără a lăsa acestei autorități contractante posibilitatea de a aprecia, de la caz la caz, gravitatea comportamentului pretins culpabil al operatorului menționat în cadrul executării contractului precedent.”

„36 Ținând seama de ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la prima întrebare că articolul 45 alineatul (2) primul paragraf litera (d) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care prevede că există o abatere profesională gravă care conduce la excluderea automată a operatorului economic în cauză de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice în curs în ipoteza în care, din motive imputabile acestui operator economic, autoritatea contractantă a reziliat, a anulat sau a denunțat unilateral un contract de achiziții publice precedent încheiat cu

operatorul menționat, dacă rezilierea, anularea ori denunțarea unilaterală a contractului a survenit într-un interval de trei ani înainte de inițierea procedurii în curs, iar valoarea părții neexecutate din contractul de achiziții publice precedent se ridică la cel puțin 5 % din valoarea totală a acestui contract."

„Principiile și normele dreptului Uniunii în materia contractelor de achiziții publice nu justifică, în temeiul protejării interesului public și a intereselor legitime ale autorităților contractante, precum și pentru menținerea unei concurențe loiale între operatorii economici, impunerea printr-o reglementare națională, precum cea în discuție în litigiul principal, a unei obligații în sarcina unei autorități contractante de a exclude în mod automat de la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice un operator într-o ipoteză precum cea vizată de răspunsul la prima întrebare preliminară."

De asemenea, în Decizia CJUE pronunțată în cauza C-472/19 Vert Marine SAS, Curtea dispune:

„1) Articolul 38 alineatul (9) din Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune trebuie să fie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale care nu acordă unui operator economic condamnat definitiv pentru una dintre infracțiunile prevăzute la articolul 38 alineatul (4) din această directivă și supus, pentru acest motiv, unei interdicții de drept de a participa la procedurile de atribuire a unor contracte de concesiune posibilitatea de a face dovada că a luat măsuri corective care pot demonstra fiabilitatea sa."

În consecință, motivele de excludere trebuie analizate de la caz la caz și autoritatea contractantă este obligată să clarifice și să permită operatorului economic probarea îndeplinirii cerințelor prevăzute de art. 171 alineatele (1) - (3) din Legea nr. 98/2016.

Și practica instanțelor judecătorești din România este în sensul celor arătate mai sus, cităm din Decizia nr. ... a Curții de Apel:

„Curtea reține că, din cuprinsul Comunicării de excludere a ofertei petentei, nu reiese cum a făcut Comisia de evaluare, analiza situațiilor de excludere în care se afla X SRL, mai ales că, acesta a indicat în completarea DUAЕ că, nu se afla în situații de excludere. Autoritatea contractanta nu a realizat nicio verificare efectivă a situației, ...

Nu s-au solicitat Asocierii niciun fel de clarificări cu privire la o acțiune potențială de verificare de către comisia de evaluare a motivului de excludere așa cum este statuat prin cerințele legii."

„Autoritatea contractantă a eludat dreptul conferit de Legea 98/2016 operatorului economic, de a putea furniza dovezi privind credibilitatea petentei."

Curtea are în vedere și prevederile art. 57 din DIRECTIVA 2014/24/UE, care a fost transpusă în legislația națională,

„(6) Orice operator economic care se află în una dintre situațiile menționate la alineatele (1) și (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenței unui motiv relevant de excludere

Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziție".

„Curtea reține că orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167, care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi, care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere."

Față de toate aceste considerente petentul concluzionează că:

- Motivele prevăzute de art. 164 - 167 din Legea nr. 98/2016 nu se constituie în motive automate de excludere a operatorilor economici din procedurile de atribuire, autoritățile contractante având obligația de a solicita clarificări și de a face aplicarea dispozițiilor art. 171 alineatele (1) - (3);

- Existența unor motive de excludere din alte proceduri de atribuire nu poate fi invocată în alte proceduri, autoritatea contractantă având obligația de a efectua verificări de la caz la caz, cu respectarea dispozițiilor legale invocate anterior.

Contestatorul solicită Consiliului respingerea prezumției lucrului judecat ca nefondată.

IV. Referitor la fondul excluderii ofertei

a) În ceea ce privește motivele de excludere întemeiate pe dispozițiile art. 167, lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016

În completarea celor prezentate în contestație, dar fără a încălca dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, prin prisma analizării documentele dosarului constituit la CNSC, afirmațiilor autorității contractante din Punctul său de vedere și a cererii de intervenție formulate de către Asocieria, contestatorul precizează următoarele:

În Procesul-verbal nr. 24/1825/09.02.2021 (Anexa nr. 1 la prezentele, paginile 9 - 10, Fișier 12.PV finalizare etapa DUAЕ.pdf) comisia de evaluare:

„Având în vedere:

1. Răspunsul ofertantului...

COROBORAT CU

2. Adresa din data de 25.08.2020 (anexată)

către Autoritatea Contractantă, în care aceasta confirmă că "în acest moment și toate cele 700+ entități controlate de aceasta care au fost excluse anul trecut, sunt acum eligibile la acordarea de contracte finanțate de în baza Regulamentului pentru proceduri de achiziție al, deoarece perioada de excludere de 9 luni a expirat și aceștia nu se mai află pe lista de excludere a".

ȘI CU

3. Faptul că contractul care face obiectul prezentei proceduri de achiziție publică nu este atribuit în baza Regulamentului pentru proceduri de achiziție al și nici nu este finanțat din fondurile, ceea ce îi face să iasă din sfera de aplicabilitate a sancțiunii dată de,

Comisia de evaluare, din documentele depuse și din informațiile prezentate pentru procedura de achiziție publică "Proiectare și Execuție Drum Expres ..." și raportat la aria de expertiză destul de restrânsă și totodată la argumentele mai jos menționate, concluzionează că ofertantul nu s-ar afla în situațiile de excludere prevăzute la art.

167, lit.c) și lit.h) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, întrucât în opinia prezentei comisii de evaluare, ofertantul a depus dovezi suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea, a clarificat faptele și împrejurările în care a fost emisă sancțiunea, și mai mult decât atât nu există în prezent vreo interdicție de a participa la proceduri de achiziție publică."

Contestatorul menționează că Autoritatea Contractantă NU a anexat documentul (răspuns din 25.08.2020) la care face referire.

De asemenea, din același proces-verbal rezultă că (pagina 11) comisia de evaluare consideră că ofertantul, în baza informațiilor prezentate, dovezilor depuse și a documentelor transmise este admis la etapa de analiză a informațiilor din DUAE și mai mult:

„De asemenea, Comisia de evaluare constată că ofertantul a răspuns concludent la solicitările de clarificare ale Comisiei de Evaluare, clarificând împrejurările de fapt înscrise în documentul postat pe pagina de internet a și a menționat că în prezent are capacitatea de a îndeplini obligațiile din prezenta ofertă."

Prin urmare, comisia de evaluare, singura abilitată potrivit dispozițiilor art. 127 alin. (1), lit. k) din H.G. nr. 395/2016 să stabilească ofertele admisibile și să respingă ofertele inacceptabile și neconforme, potrivit dispozițiilor art. 137 din H.G. nr. 395/2016, a decis că a răspuns concludent la solicitările de clarificare și că sunt admiși la etapa de analiză a informațiilor din DUAE.

În schimb, din Punctul de vedere al autorității contractante nr. ... din 22 martie 2021 (paginile 11 - 12) rezultă că decizia comisiei de evaluare, care potrivit prevederilor legale aplicabile, este ireversibilă, în măsura în care nu s-au ivit elemente noi care să fie de natură a o modifica, la insistența și ingerința autorității contractante în activitatea comisiei, ia în considerare Hotărârea civilă nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel în dosarul ..., respectiv în legătură cu procedura de atribuire având ca obiect „Proiectare și Execuție Autostrada km 0+000-km 100+900, Sector ...km 0+000-km 52+770, Lot 1: km 2+500-km 20+000" și decide excluderea din procedură a ofertantului, „pentru motivele reglementate de prevederile art. 167 alin. (1), lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016".

Așa cum petentul a precizat și la punctul III. anterior, Hotărârea civilă nr. ... nu se bucură de prezumția lucrului judecat, motivele prevăzute de art. 164 - 167 din Legea nr. 98/2016 nu se constituie în motive automate de excludere a operatorilor economici din procedurile de atribuire, autoritățile contractante având obligația de a solicita clarificări și de a face aplicarea dispozițiilor art. 171 alineatele (1) - (3) și existența unor motive de excludere din alte proceduri de atribuire nu poate fi invocată în alte proceduri, autoritatea contractantă având obligația de a efectua verificări de la caz la caz, cu respectarea dispozițiilor legale incidente.

Așadar, contestatorul opinează că decizia inițială a comisiei de evaluare de declarare ca fiind admisibilă oferta a fost luată legal, decizia ulterioară a aceeași comisii, la presiunea autorității contractante, de excludere a ofertei este nelegală, Hotărârea civilă nr. ... ne având cum să-și extindă efectele asupra altor proceduri de atribuire și nelimitat în timp.

b) În ceea ce privește verificarea incidenței dispozițiilor art. 171 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016

Contestatorul reține că în Punctul de vedere al autorității contractante se specifică: „Comisia de evaluare precizează că a respectat art. 171 din Legea nr. 98/2016 având în vedere faptul că prin solicitarea de clarificare nr. 24/479/13.01.2021, Comisia de evaluare a solicitat ofertantului să transmită documentul publicat pe pagina oficială de internet a instituției financiare internaționale (...); să clarifice toate împrejurările de fapt înscrise în acest document, precum și relevanța acestui document cu privire la capacitatea ofertantului de a își îndeplini obligațiile din prezentul contract de achiziție publică; și să clarifice dacă se încadrează sau nu la motivele de excludere prevăzute la art. 167 lit. c) și respectiv litera h) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare”.

Se arată de către petent că aceste afirmații ale autorității contractante sunt contrazise chiar de propriile acțiuni.

Comisia de evaluare nu a efectuat alte verificări privind încadrarea ofertei în dispozițiile art. 171 alin. (1) și (3), decât cele efectuate inițial, respectiv „Adresa din data de 25.08.2020 (anexată) către Autoritatea Contractantă, în care aceasta confirmă că ”în acest moment trecut, sunt acum eligibile la acordarea de contracte finanțate de în baza Regulamentului pentru proceduri de achiziție al, deoarece perioada de excludere de 9 luni a expirat și aceștia nu se mai află pe lista de excludere a Bancii Mondiale”.

Deoarece, până la acest moment autoritatea contractantă nu a transmis scrisoarea de răspuns a ca parte a dosarului achiziției, pe această cale, contestatorul solicită Consiliului să impună autorității contractante prezentarea acelei scrisori (răspunsul din data de 25.08.2020).

În cazul în care autoritatea nu va pune documentul la dispoziție, petentul învederează Consiliului să îl solicite la (...)

În ceea ce privește solicitarea de clarificare nr. 24/479/13.01.2021, contestatorul menționează că a răspuns autorității contractante și a transmis acesteia toate documentele necesare din care rezultă că nu a comis nici o abatere profesională, fiind sancționată de către în baza propriului regulament din simplul motiv că societatea este o afiliată a celor trei societăți care au fost sancționate la momentul participării în calitate de ofertanți la procedura de achiziție derulată de către: „Proiectul de îmbunătățire a coridorului de pe autostrada” din

În plus, contestatorul afirmă că cele trei companii: și (... au participat la procedura de achiziție derulată de către: „Proiectul de îmbunătățire a coridorului de pe autostrada” din și, așa cum rezultă din Documentele pe care le anexează la prezenta (Anexa nr. 2, varianta în limba română este o traducere liberă), „în timpul procedurii de precalificare și de licitare pentru un contract de construcție de autostrăzi, cele trei companii numite au pregătit și au prezentat informații denaturate cu privire la personalul și echipamentele ...cât și la experiența altor entități din grupul

În cadrul sistemului de sancțiuni administrative al, aceste acțiuni sunt considerate practici frauduloase, astfel cum sunt definite de Orientările privind achizițiile publice ale

Se poate observa că sancțiunile impuse de celor trei companii, NU sunt, sancțiuni de excludere/interzicere de participare din motive de fraudă și corupție.

Contestatorul subliniază că neregularitatea sau incorecta/incompleta depunere de documente sau transmiterea de informații privind personalul, echipamentele sau experiența similară nu poate fi asimilată, în conformitate cu legislația națională sau europeană, cu fapte de „fraudă și corupție”. Cu atât mai puțin cu cât această faptă este comisă de către o altă companie din grup.

Invocând încălcarea principiul proporționalității de către autoritatea contractantă, așa cum a făcut și în cadrul contestației, contestatorul susține că sancțiunea excluderii pentru faptul că O ALTĂ COMPANIE dintr-un grup de peste 700 companii au transmis informații eronate într-o procedură a este de neînțeles, prin prisma legislației achizițiilor publice naționale și europene.

Contestatorul precizează că, în mod evident, inaplicabilitatea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) litera c) are drept consecință neaplicarea prevederilor art. 167 alin. (1), litera h).

Se arată că petentul nu are cum să declare în DUAЕ că a comis abateri grave profesionale, când nu a comis astfel de fapte, iar sancțiunile aplicate și ridicate de către au fost cunoscute încă din luna august 2020 de către autoritatea contractantă.

În concluzie, așa cum a arătat pe larg în contestație și în prezentele concluzii, contestatorul susține că NU se află în niciuna din situațiile descrise de art. 167 din Legea 98/2016:

- Sancțiunea vizează acțiunile altor 3 companii;
- NU a comis nicio abatere profesională, NU se face vinovat de declarații false și nici NU se află în altă situație de excludere;
- Are deplină capacitate de îndeplinire a obligațiilor contractuale;
- Situația sancțiunii a fost cunoscută și verificată la nivelul SA și există dovezi suficiente pentru încadrarea în dispozițiile art. 171, fără a fi necesare solicitări de clarificare suplimentare.
- ANAP a recomandat aplicarea dispozițiilor art. 171 alineatele 1-3 înainte de a lua o decizie cu privire la excludere

V. Referitor la excluderea ofertei Asocierii

Așa cum a arătat în contestație, petentul afirmă că prin Hotărârea Civilă nr. din 16 noiembrie 2020 Curtea de Apel a dispus următoarele în legătură cu oferta Asocierii:

„Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L., după cum urmează:

- modul de îndeplinire a cerinței referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, lit. b);
- cerința privind experiența similară în proiectare;
- justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier;
- reevaluarea punctajului acordat pentru personalul cheie pentru serviciile de proiectare,

- reevaluarea punctajului acordat factorului de evaluare vizând perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani."

Petentul constată din examinarea documentelor din Dosarul nr. ... că autoritatea contractantă NU a respectat Hotărârea definitivă a instanței, hotărâre prin care i s-a pus în vedere să reevalueze oferta în baza motivării instanței și a documentelor deja existente în dosarul achiziției, NU să solicite clarificări ofertantului prin care să permită acestuia completarea ofertei.

Se menționează de către petent că Autoritatea contractantă SA a favorizat Asocierea, solicitându-i acesteia clarificări; chiar conținutul acestor clarificări reprezintă o încălcare gravă a principiilor egalității și tratamentului egal.

1. Contestatorul învederează că cerința referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, lit. b) NU a fost îndeplinită de către Asocierea:

În motivarea hotărârii, Curtea de Apel a reținut următoarele:

„nu are relevanță faptul că pentru îndeplinirea acestei cerințe de calificare ofertantul desemnat câștigător a depus angajamentul ferm al terțului susținător cu privire la cifra de afaceri anuală generală, respectiv faptul că au fost atașate ofertei situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare pentru anii 2016, 2017 și 2018 din care ar rezulta îndeplinirea nivelului minim solicitat al cerinței privind situația economică și financiară, conform celor reținute de autoritatea contractantă și CNSC, ci și de a se indica în concret care sunt resursele financiare pe care tertul le va mobiliza în cazul în care ofertantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului sau se va afla în imposibilitatea derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și tertul susținător prin angajamentul ferm, prin prezentarea unor documente în sensul că deține toate resursele invocate ca element de susținere a ofertantului, documente care urmează a fi încărcate în SEAP împreună cu Angajamentul ferm, cu DUAE și cu oferta, și vor fi semnate cu semnatura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii."

„....având în vedere și prevederile art. 182 alin. 3 și alin. 4 din același act normativ, potrivit căruia "În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

„Prin urmare, tocmai în aplicarea acestor dispoziții legale, Curtea constată că revenea comisiei de evaluare obligația de a verifica oferta

contestată prin aplicarea strictă a cerinței minime de calificare astfel cum chiar autoritatea contractantă a stabilit-o și a descris-o, devenind obligatorie în integralitate din această perspectivă inclusiv pentru acest ofertant și urmând a fi aplicată întocmai, prin raportare la fiecare dintre cerințele specifice impuse pentru dovedirea îndeplinirii acesteia, în caz contrar existând riscul încălcării principiilor transparenței și egalității de tratament între ofertanți prevăzute de disp. art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016."

Față de cele reținute de Curtea de Apel în motivare, petentul constată cu surprindere că autoritatea contractantă adresează Asocierii o solicitare de clarificări prin care îi pune în vedere să prezinte:

- Să indice în mod concret care sunt resursele financiare puse la dispoziție de terțul susținător;

- Să transmită documente din care rezultă modul efectiv prin care terțul asigură îndeplinirea angajamentului său de susținere.

Contestatorul susține că indicarea modului concret în care resursele financiare sunt puse la dispoziție și documentele suport trebuiau prezentate odată cu depunerea ofertei, așa cum reiese clar din prevederile documentației de atribuire.

Eșecul Asocierii de a prezenta aceste informații și documente trebuia sancționat cu excluderea. Solicitarea SA de a se depune documente noi, emise ulterior datei de depunere a ofertelor, este abuzivă în opinia petentului și demonstrează favorizarea acestui ofertant.

În acest sens contestatorul afirmă că este vădit faptul că Autoritatea favorizează Asocierea prin faptul că NU îi solicită:

1. Care au fost resursele financiare puse la dispoziție de terțul susținător la data depunerii ofertei;

2. Din ce documente deja depuse rezultă modul efectiv prin care terțul susținător poate asigura îndeplinirea angajamentului de susținere.

Așa cum chiar Asocierea recunoaște în cererea sa de intervenție, abia la acest moment a prezentat documente doveditoare ce trebuiau să existe în oferta sa încă de la început. Ori Curtea de Apel la pagina 96 din Hotărâre a indicat clar că: „Curtea constată că revenea comisiei de evaluare obligația de a verifica oferta contestată prin aplicarea strictă a cerinței minime de calificare astfel cum chiar autoritatea contractantă a stabilit-o și a descris-o, devenind obligatorie în integralitate din această perspectivă inclusiv pentru acest ofertant și urmând a fi aplicată întocmai, prin raportare la fiecare dintre cerințele specifice impuse pentru dovedirea îndeplinirii acesteia, în caz contrar existând riscul încălcării principiilor transparenței și egalității de tratament între ofertanți prevăzute de disp. art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016"

Contestatorul menționează că riscul identificat de Curtea de Apel s-a concretizat, autoritatea contractantă încălcând flagrant principiile transparenței și egalității de tratament, cu unicul scop de a declara din nou câștigătoare a procedurii oferta Asocierii

2. Petentul subliniază că cerința privind experiența similară în proiectare NU a fost îndeplinită de Asocierea:

În motivarea hotărârii (pagina 103), Curtea de Apel a reținut următoarele:

„Sub acest aspect, Curtea reține că autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei desemnate câștigătoare, referitor la modul de îndeplinire a acestei cerințe minime de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională sub forma experienței similare, iar CNSC a confirmat această modalitate de evaluare, fără însă a se prezenta modul concret în care a verificat îndeplinirea acestei cerințe sub aspectele menționate anterior, apreciindu-se că proiectarea aferentă contractului urmează a fi realizată de asociatul SC SRL, fiind luate în considerare certificatul ONRC depus pentru operatorul economic SC (membru al asocierii), din care ar rezulta că acesta deține CAEN-ul specific activității de proiectare, respectiv 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, respectiv faptul că asociatul SC ar deține, de asemenea, Certificatele RO ... și RO ..., emise de Societatea Română pentru Certificare ROCERT care se regăsesc în dosarul achiziției, respectiv, că în ceea ce privește faptul că inginerii proiectanți prezentați în oferta asocierii SRL - SC SRL și pe baza cărora asocierea a primit punctajul maxim (... a obținut 6 puncte fiind propusă ca Șef echipă proiectare; ... a obținut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de drumuri; a obținut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de poduri; a obținut 3 puncte fiind propus ca Inginer proiectant lucrări de consolidare) aparțin terțului susținător SC SRL nu ar contraveni niciunei prevederi legale, pentru acești patru experți fiind depuse declarațiile de disponibilitate, iar astfel, s-a reținut că asocierea SRL - SC SRL a probat îndeplinirea cerinței privind experiența similară în proiectare apelând (pentru îndeplinirea din punct de vedere valoric) la susținerea terțului SC SRL care nu a fost declarat subcontractant întrucât proiectarea va fi asigurată de asociatul SC SRL sau de".

„Acest raționament însă nu corespunde dispozițiilor din documentația de atribuire și din prevederile legale amintite având în vedere că implicarea susținerii unui terț în dovedirea îndeplinirii cerinței minime referitoare la experiența similară nu este una pur formală, respectiv, exclusiv prin raportare la valoarea contractelor în care a participat terțul susținător în acest domeniu, ci în considerarea acestor cerințe/dispoziții general obligatorii în aceeași măsură pentru autoritatea contractantă și pentru toți ofertanții din cadrul procedurii de atribuire, prin dovedirea prin prezentarea unor documente în acest sens, atașate angajamentului ferm al terțului susținător a resurselor concrete puse la dispoziția ofertantului/asocierii ofertant pentru depășirea unor eventuale dificultăți în executarea sau finalizarea lucrărilor de proiectare, din această perspectivă neavând relevantă faptul că asocierea ofertant a inclus în ofertă documente referitoare la propria capacitate de executare a acestor lucrări de proiectare conform celor reținute de autoritatea contractantă și CNSC, ci și alte împrejurări rezultând din oferta acestei asocieri, respectiv faptul că aceste resurse trebuie indicate în mod concret, atât pentru asocierea ofertant sau membrii acesteia, cât și pentru terțul susținător, iar sub acest aspect se constată că asocierea în cauză a invocat ca resurse documente care ar atesta capacitatea privind desfășurarea acestei activități de proiectare, invocând în același timp resurse umane care fac trimitere la personalul aparținând în fapt terțului susținător. În privința căruia au fost depuse declarații de disponibilitate.

Prin urmare, este necesar ca autoritatea contractantă să se asigure, în considerarea respectării tuturor principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, dar și a cerințelor proprii impuse în mod egal și transparent pentru toți ofertanții, că într-adevăr oferta asocierii în cauză respectă întocmai aceste cerințe, inclusiv sub aspectul experienței similare în proiectare, prin raportare la dovezile depuse în acest sens invocate în sprijinul acestei experiențe, dar și la modul în care aceste lucrări invocate ca experiență similară au fost finalizate, astfel încât resursele utilizate pentru experiența similară fie să se afle la dispoziția ofertantului, chiar și prin depunerea declarațiilor de disponibilitate sau în alt mod permis de FDA, fie, alături de propriile resurse ale asocierii ofertant, inclusiv resursele concrete utilizate de terțul susținător care atestă și posibilitatea concretă de a face dovada experienței similare invocate cu acest titlu prin prisma lucrărilor anterior executate, astfel încât experiența invocată să reprezinte într-adevăr capacitatea ofertantului asociere de a finaliza contractul în acest domeniu."

Petentul remarcă faptul că autoritatea contractantă decide să solicite clarificări Asocierii, în loc să evalueze documentele deja existente în dosarul achiziției. Așa cum reiese din chiar cererea de intervenție a Asocierii, ca urmare a solicitării de clarificări aceasta a depus noi documente: adresa terțului susținător prin care acesta descrie resursele pe care le va pune la dispoziție, înscrisuri ce demonstrează relațiile contractuale ale experților, documente ce demonstrează deținerea mijloacelor materiale și a produselor software.

Contestatorul precizează că toate aceste documente ar fi trebuit să existe de la început în oferta Asocierii, respectiv de la momentul depunerii ofertelor.

De asemenea, Asocierea arată că abia acum a depus documente ce atestă experiența similară a terțului susținător, deși acestea s-au solicitat odată cu oferta.

Așa cum a citat din hotărârea Curții de Apel, acesta indicase la pagina 104 că: „este necesar ca autoritatea contractantă să se asigure, în considerarea respectării tuturor principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, dar și a cerințelor proprii impuse în mod egal și transparent pentru toți ofertanții, că într-adevăr oferta asocierii în cauză respectă întocmai aceste cerințe, inclusiv sub aspectul experienței similare în proiectare, prin raportare la dovezile depuse în acest sens invocate în sprijinul acestei experiențe"

Așadar, petentul opinează că reevaluarea trebuia să se realizeze raportat la „dovezile depuse” nu la dovezi noi, iar în procesul de reevaluare autoritatea contractantă trebuia să respecte principiile și cerințele proprii impuse în mod egal și transparent pentru toți ofertanții. Din nou, petentul constată favorizarea fățișă a Asocierii

3. Contestatorul susține că Asocierea nu a justificat prețul neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier:

În motivarea hotărârii (la pagina 112), Curtea de Apel a reținut următoarele:

„Din această perspectivă, Curtea reține că nici CNSC, dar nici autoritatea contractantă nu a combătut susținerile petentei-contestatoare potrivit cărora:

- din „Analiza comparativă prețuri unitare depuse de primii 4 ofertând cu prețurile cele mai mici” (fișier PV TEHNIC CONFORMITATE FINANCIAR- ANEXA 2) rezultă că pentru Activitatea 15 Organizarea de șantier” ASOCIEREA a oferat suma totală de 360.000 lei.

- În „PV TEHNIC CONFORMITATE FINANCIAR” Autoritatea Contractantă a consemnat cum a justificat Asocierea SRL - SC SRL costul pentru organizarea șantierului, respectiv „...Ofertantul a prezentat costurile organizării de șantier compusă din valoarea chiriei lunare, consum de energie, materiale consumabile, utilitățile si respectiv diverse si neprevăzute”

- În răspunsul la solicitarea de clarificări cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut ASOCIEREA prezintă următorul tabel (pag. 318 din justificarea prețului „Doc. partea 2 CP4” - Anexa 3), astfel încât ASOCIEREA în răspunsul la solicitarea de clarificări a justificat cei 360.000 lei ofertați cu cheltuieli în valoare de 1.250.000 lei, prezentând astfel o sumă mai mare și diferită de suma ofertată, situație de care CNSC și autoritatea contractantă nu au ținut cont”.

„Mai mult, a susținut petenta că în motivarea deciziei atacate Consiliul se limitează la a constata că în justificarea valorii scăzute a organizării de șantier, ofertantul a indicat faptul că are încheiat un antecontract de închiriere nr.2632/21.10.2019 din care rezultă că promitentul locator deținea mai multe imobile - terenuri și clădiri - în localitatea Pitești, str. Depozitelor nr. 38, obligându-se că dacă va fi declarat câștigător, va asigura folosința asupra imobilului respectiv, cu o suprafață ele 10.000 mp (din suprafața totală deținută de 34.637 mp)” fără însă a înlătura motivat argumentațiile invocate de petenta contestatoare și faptul că doar prețul chiriei ar fi aproape dublu față de valoarea ofertată pentru întreaga Activitate 15 „Organizarea Șantierului”, aspecte a căror verificare se impune prin reevaluarea ofertei financiare din această perspectivă, în condițiile în care autoritatea contractantă avea obligația de a verifica conform disp. art. 210 din Legea nr. 98/2016 dacă într-adevăr ofertantul în cauză ar fi justificat în mod corespunzător ofertei inițiale costurile aferente acestei părți a ofertei financiare.

Din aceeași perspectivă se constată că deși intimata-asociere a invocat o simplă eroare strict formală și absolut nesemnificativă atât în economia de mii de pagini a ofertei intimatei, cât și a procedurii, al cărei clasament și rezultat nu ar fi alterate în niciun fel, având în vedere disp. art. 134 alin. 6-11 din HG nr. 395/2016 a căror aplicare nu a fost verificată în concret în cadrul activității de evaluare a ofertei financiare, din perspectiva criticilor invocate, nici de autoritatea contractantă, dar nici de CNSC, dispoziții potrivit cărora „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin.(1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

Totodată, Curtea de Apel (la pagina 114 din Hotărâre) a atras atenția asupra următoarelor:

- „Principiul egalității impune în special ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții”;

- „Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului.”

Față de cele reținute mai sus de Curtea de Apel, contestatorul remarcă faptul că autoritatea contractantă solicită din nou Asocierii să își justifice prețul.

Mai mult, autoritatea contractantă indică Asocierii cum să își justifice prețul: „documente justificative și cu încadrarea în suma de 360.000 lei fără TVA, suma stabilită de dumneavoastră în Propunerea Financiară” așa cum rezultă din Procesul Verbal Intermediar de remediere numărul 2.

Contestatorul afirmă că este pur și simplu șocat, în caz discutându-se de mai mult decât favorizarea ofertantului, se discută de o autoritate contractantă ce indică ofertantului cum să își întocmească răspunsul astfel încât să ascundă diferența de preț, după ce, la primul răspuns de justificare preț, Asocierea a justificat 360.000 lei cu cheltuieli de 1.250.000 lei.

Curtea de Apel a reținut clar faptul că: „În răspunsul la solicitarea de clarificări cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut ASOCIEREA prezintă următorul tabel (pag. 318 din justificarea prețului „Doc. partea 2 CP4” - Anexa 3), astfel încât ASOCIEREA în răspunsul la solicitarea de clarificări a justificat cei 360.000 lei ofertați cu cheltuieli în valoare de 1.250.000 lei, prezentând astfel o sumă mai mare și diferită de sumă ofertată, situație de care CNSC și autoritatea contractantă nu au ținut cont”.

Se menționează de către petent că pentru autoritatea contractantă hotărârea definitivă a instanței nu are nicio valoare, aceasta „uită” de justificarea de preț deja solicitată a Asocierii în care aceasta a indicat clar că organizarea sa de șantier costa 1.250.000 lei și îi indică fățiș să se încadreze în 360.000 lei cu noua justificare solicitată.

În acest sens, petentul remarcă faptul că Asocierea depune un act adițional la Anteacontractul de închiriere prin care diminuează prețul chiriei.

Conform justificării de preț inițială Asocierea a detaliat costurile ca fiind de 630.000 lei doar pentru chirie. Brusc, la noua justificare de preț, prin Act adițional încheiat în 19.01.2021, la două luni după hotărârea Curții de Apel și la aproape un an de la depunerea ofertelor, prețul chiriei s-a modificat în mod miraculos, astfel încât Asocierea să se poată încadra în valoarea ce i-a fost indicată de autoritatea contractantă.

Aceasta este justificarea de preț a Asocierii:

1	DESCRIERE DURATA EXECUȚIE LUCRĂRI	VALOARE LUNARA	DURATA 18	VALOARE

2	VALOARE CHIRIE LUNARA	35,000	18 18 18	630,000
3	CONSUM ENERGIE ORGANIZARE DE ŞANTIER	5,500		99,000
4	MATERIALE CONSUMABILE	10,000		180 000
5	UTILITATI	12,000	18	216,000
6	DIVERSE SI NEPREVĂZUTE			125,000
	TOTAL ESTIMAT ORGANIZARE SANTIIE	R		1,250,000

Această refacere a documentelor şi acceptarea ei sunt în opinia petentului, o ruşine pentru toţi cei implicaţi şi pentru sistemul de achiziţii publice din România şi trebuie sancţionată.

4. Contestatorul susţine că Curtea de Apel a dispus reevaluarea punctajului acordat pentru personalul cheie pentru serviciile de proiectare pentru oferta Asocierii:

În Hotărâre s-a reţinut că:

„Cu referire la susţinerea potrivit căreia "nu se regăsesc în cadrul ofertei si nici în expunerea de motive a C.N.S.C., indicii cu privire la nominalizarea personalul cheie propriu al ofertantului pe care acesta îl va mobiliza în vederea realizării servicii/or de proiectare, personal ce constituie unul din factorii principali de punctare a ofertei tehnice si de evaluare a conformităţii acesteia cu Cerinţele Beneficiarului. Or, însuşi Consiliul se contrazice cu privire la modul de îndeplinire a cerinţelor de către ofertantul câştigător şi nu recunoaşte omisiunea acestuia de a declara societatea S.A. atât terţ susţinător. cat si ca subcontractant.", Curtea constată că este fondată din perspectiva modului în care autoritatea contractantă a acordat pentru oferta desemnată câştigătoare punctajul aferent factorului de evaluare.

Astfel cum s-a susţinut de autoritatea contractantă, dar şi prin decizia atacată, inginerii proiectanţi prezentaţi în oferta asocierii SRL - SC SRL şi pe baza cărora asocierea a primit punctajul maxim (.. .a obţinut 6 puncte fiind propusă ca Şef echipă proiectare; ... a obţinut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de drumuri; ... a obţinut 4 puncte fiind propus ca Inginer proiectant de poduri; ... a obţinut 3 puncte fiind propus ca Inginer proiectant lucrări de consolidare) aparţin terţului susţinător SC SRL, situaţie în care revenea autorităţii contractante obligaţia de a stabili în mod cert dacă personalul indicat, pe baza căreia a fost acordat acest punctaj şi pentru care s-au prezentat declaraţii de disponibilitate şi a fost acceptată şi colaborarea ca formă de participare juridică în cadrul acestei oferte pentru experţii propuşi pentru acest factor de evaluare, se află într-adevăr la dispoziţia asocierii ofertant pe durata executării activităţii de proiectare, conform ofertei tehnice depuse, luând în considerare şi împrejurarea de fapt reţinută anterior, în privinţa verificării cerinţei referitoare la experienţa similară în proiectare, în sensul că aceşti experţi aparţin terţului susţinător, fiind astfel necesar ca autoritatea contractantă să verifice dacă încheierea unor astfel de contracte de colaborare şi prezentarea unor declaraţii de disponibilitate din partea acestui personal propus pentru evaluarea acestui factor reprezintă dovezile suficiente pentru a garanta că pe durata activităţii de proiectare acest personal este la dispoziţia ofertantului asociere astfel încât să fie respectate termenele prevăzute în ofertă."

Curtea de Apel a indicat deci autorității contractante să stabilească în mod clar dacă personalul indicat este la dispoziția ofertantului și să verifice dacă încheierea unor astfel de contracte de colaborare și prezentarea unor declarații de disponibilitate din partea acestui personal propus pentru evaluarea acestui factor reprezintă dovezile suficiente pentru a garanta că pe durata activității de proiectare acest personal este la dispoziția ofertantului.

Potentul observă că autoritatea contractantă solicită clarificări Asocierii, aceasta prezentând noi documente, de fapt retransmite declarațiile de disponibilitate. Ori, autoritatea contractantă cunoaște foarte bine situația experților în proiectare prezentați de Asocierea, experți ce sunt deja implicați în minim 4 contracte în derulare având ca beneficiar SA, așa cum a demonstrat potentul cu documente în fața Curții de Apel.

Curtea de Apel a pus în vedere SA să se asigure că simplele declarații de disponibilitate sunt suficiente, ori a acceptat din nou doar declarații de disponibilitate, în loc să solicite sau să verifice chiar ea în ce contracte mai sunt implicați experții în acest moment și dacă participarea lor în alte contracte le permite să mai activeze și în acesta. Contestatorul afirmă că pentru toată lumea este clar că punctajul s-a acordat pentru experți ce nu vor lucra vreodată în acest contract. Dar alege să ignore acest aspect, în dorința sa disperată de a atribui un nou contract Asocierii

Contestatorul opinează că verificarea solicitată de Curtea de Apel prin hotărârea sa definitivă NU a fost executată.

5. Potentul susține că Curtea de Apel a dispus reevaluarea punctajului acordat factorului de evaluare vizând perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani ofertată de Asocierea

Curtea de Apel a reținut că Asocierea nu a inclus în ofertă schimbarea stratului de uzură, deși a oferit o perioadă de garanție a lucrărilor de 10 ani. Curtea a apreciat ca fondată critica referitoare la faptul că Asocierea nu trebuia să obțină punctajul maxim la acest factor de evaluare întrucât „în conformitate cu „Normativul privind întreținerea și repararea drumurilor publice” indicativ AND 554/2002, Anexa 4 (pagina 26 - Tabelul I) durata normală de funcționare a drumurilor publice în ani (inițială sau între două reparații capitale) în funcție de tipul de îmbrăcăminte rutieră și intensitatea medie zilnică anuală a traficului exprimată în vehicule fizice este în acest proiect, în conformitate cu Cerințele Beneficiarului, îmbrăcăminte bituminoasă este realizată cu bitum modificat (nr. crt. 3 din tabel) și, indiferent de intensitatea medie zilnică a traficului de vehicule fizice îmbrăcăminte asfaltică trebuie schimbată cel puțin o dată în cei 10 ani de garanție (5 ani garanție minimă legală + 5 ani garanție suplimentară)".

Apărarea conform căreia autoritatea contractantă a susținut că nu a solicitat prin documentația de atribuire schimbarea stratului de uzură nu poate fi reținută în opinia potentului, deoarece în cadrul documentației autoritatea a precizat cerințele minime, nu cerințele pentru ofertarea perioadei de garanție extinse de 10 ani, suplimentară celei solicitate. Ofertanții care au oferit o perioadă de garanție suplimentară trebuiau să ofere în cadrul metodologiei aferente acestei perioade suplimentare și

schimbarea stratului de uzură, iar costul trebuia să fie inclus în oferta financiară.

Constată petentul că, în loc să pună în aplicare hotărârea Curții de Apel încearcă să motiveze că această solicitare este inutilă. Astfel, la pag. 10-12 din Procesul Verbal 24/186/09.02.2021 (fișier 14. PV Finalizare etapă tehnică.pdf) comisia de evaluare bazându-se pe:

- Clarificarea nr. 43 din care reiese că marcajul rutier va fi executat de Antreprenor pe perioada garanției,

- Normativele de ÎNTREȚINERE de drumuri, în special art. 44 (1) din AND 596/2009 care prevede că este obligația de a executa „îmbunătățirea aderenței suprafeței de rulare prin realizarea de covoare asfaltice rugoase”. (Neaplicabil în cazul de față deoarece Covoarele asfaltice rugoase nu fac parte din specificațiile tehnice ale Drumului Expres).

- Câteva definiții ale Lucrărilor de reparații.

Autoritatea contractantă ajunge la concluzia (favorabilă pentru Asocierea dar ilegală în raport cu hotărârea Curții de Apel) de a declara că „ofertantul nu a avut obligația de a-și prețui stratul de uzură în Formularul de Propunere financiară, întrucât schimbarea lui după 5 ani intră în responsabilitatea Beneficiarului”. În concluzie, în premieră și special pentru Asocierea, Antreprenorul va preda autostrada fără să asigure garanția stratului de uzură pe perioada de garanție a lucrării, prevăzută de lege sau ofertată suplimentar.

Contestatorul nu crede că este vreun Antreprenor (participant la licitație) care să fi înțeles că posibilele gropi și fisuri în asfalt (altele decât cele generate de uzura normală, desigur) nu trebuie reparate de acesta pe perioada de 10 ani, probabil că numai Asocierea

Se reține că aici discutăm despre GARANȚIE și despre OBLIGAȚIILE Asocierii în a demonstra în CONCRET cum asigură această garanție, nu despre ÎNTREȚINERE.

Potentul afirmă că autoritatea contractantă „uită” că în Cerințele Beneficiarului la capitolul 15 sunt prevăzute testele ce se efectuează în perioada de garanție de către pe lucrările executate de Antreprenor:

15 TESTE CARE SE EFECTUEAZĂ ÎN PERIOADA DE GARANȚIE

În conformitate cu prevederile cluzei 61.6 din Condițiile Generale în perioada de garanție se vor efectua următoarele teste:

15.1 Beneficiarul va realiza propriile încercări nedistructive la nivelul structurii rutiere la jumătatea perioadei de garanție și cu 6 luni înainte de expirarea acesteia. Acestea vor consta în determinarea calificativelor aferente: rugozitate, planeitate, stare de degradare și capacitate portante. Aceste calificative vor trebuie să fie minim bune conform CD 155/2001 altfel se va considera că nu trec testele așa cum sunt definite în clauza 61.6 din Condițiile Generale.

15.2 Beneficiarul va determina indicele de stare tehnică al structurilor la jumătatea perioadei de garanție și cu 6 luni înainte de expirarea acesteia. Valoarea indicelui de stare tehnică a structurilor va trebuie să fie minim 85 conform AND 522, altfel se va considera că nu trec testele așa cum sunt definite în clauza 61.6 din Condițiile Generale.

15.3 Beneficiarul va testa/ verifica funcționalitatea tuturor senzorilor, a sistemului ITS și a sistemelor de iluminat la jumătatea perioadei de

garanție și cu 6 luni înainte de expirarea acesteia. Dacă se constată o funcționare necorespunzătoare cu specificațiile tehnice din Proiectul Tehnic de execuție se va considera că nu trec testele așa cum sunt definite în clauza 61.6 din Condițiile Generale.

15.4 Beneficiarul va verifica integritatea gardurilor de împrejmuire a autostrăzi la jumătatea perioadei de garanție și cu 6 luni înainte de expirarea acesteia. Dacă se constată lipsa integrității acestora se va considera că nu trec testele așa cum sunt definite în clauza 61.6 din Condițiile Generale.

15.5 Nu se admite determinarea planeității longitudinale prin măsurarea denivelărilor sub 3 m.

Așadar, ... va executa aceste teste, chiar dacă Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzură sau deteriorări care rezultă dintr-o utilizare necorespunzătoare a lucrărilor, în conformitate cu normativul CD 155/2001 (anexa 4 pag. 17 - 51):

- La jumătatea perioadei de garanție, adică 5 ani de la PV de recepție dar și cu 6 luni înainte de terminarea perioadei de garanție, adică după 9,5 ani de la PV de recepție va măsura RUGOZITATEA stratului de uzură. În cazul în care acesta nu va îndeplini calificativul "BUNĂ" va considera că acesta NU TRECE TESTUL iar Antreprenorul va remedia stratul de uzură pe cheltuiala sa în conformitate cu art 61.6 din Contract Condiții Generale;

- La jumătatea perioadei de garanție, adică 5 ani de la PV de recepție dar și cu 6 luni înainte de terminarea perioadei de garanție, adică după 9,5 ani de la PV de recepție, ... va măsura PLANEITATEA drumului expres. În cazul în care acesta nu va îndeplini calificativul "BUNĂ" va considera că acesta NU TRECE TESTUL iar Antreprenorul va remedia stratului de uzură pe cheltuiala sa în conformitate cu art 61.6 din Contract Condiții Generale;

- La jumătatea perioadei de garanție, adică 5 ani de la PV de recepție dar și cu 6 luni înainte de terminarea perioadei de garanție, adică după 9,5 ani de la PV de recepție, ... va măsura STAREA DE DEGRADARE a îmbrăcăminții asfaltice a drumului expres. În cazul în care aceasta nu va îndeplini calificativul "BUNĂ" va considera că acesta NU TRECE TESTUL iar Antreprenorul va remedia stratului de uzură pe cheltuiala sa în conformitate cu art 61.6 din Contract Condiții Generale.

Contestatorul observă că este obligatoriu ca stratul de uzură să fie refăcut DE CATRE ANTREPRENOR de două ori în perioada de garanție acordată pentru a trece testele pe care Beneficiarul le face la 5 și respectiv 9,5 ani de la Procesul Verbal de recepție, indiferent de câte lucrări de întreținere a suferit drumul și indiferent de uzură deoarece:

- rugozitatea pe care o măsoară Beneficiarul se referă la stratul de uzură executat de Antreprenor (nu cel executat de către Beneficiar);

- Planeitatea pe care o măsoară Beneficiarul se referă la stratul de uzură executat de Antreprenor (nu cel executat de către Beneficiar) deoarece compensarea pierderii de planeitate a suprafeței de rulare nu se poate face fără a înlocui stratul de uzură;

- Evaluarea degradării îmbrăcăminții asfaltice se referă la stratul de uzură executat de Antreprenor (nu cel executat de către Beneficiar). Acesta include stratul de uzură și stratul de legătură. Toate degradările se

manifestă la suprafața carosabilă care este reprezentată de stratul de uzură;

- În cazul în care Beneficiarul ar fi vrut să absolve Antreprenorul de acordarea garanției ar fi trebuit ca testele prevăzute la capitolul 15 să nu existe sau acestea să nu aibă ca rezultat obligații ale Antreprenorului. Antreprenorul și nu BENEFCIARUL trebuie să obțină calificativul „BUNĂ” pentru toate testele descrise la punctul 15.

În concluzie, deoarece în Cerințele Beneficiarului și în Condițiile generale este stabilit ca „Dacă Lucrările sau o parte a Lucrărilor nu trec testele repetate, Beneficiarul va fi îndreptățit, cu condiția respectării prevederilor clauzei 69b [Revendicările Beneficiarului] la plata de către Antreprenor a daunei suportate de către Beneficiar” și nefiind nicio mențiune referitoare la lucrările de întreținere rezultă că înlocuirea stratului de uzură este obligatorie conform documentației.

Contestatorul redă prevederile din contract menționate la art. 15.1 din Cerințele Beneficiarului prin care se stabilește foarte clar care sunt obligațiile pe care Antreprenorul le are în cazul în care nu obține calificativul „BUNĂ” în urma testelor:

- „61.6 Dacă sunt prevăzute în Cerințele Beneficiarului teste care se efectuează în Perioada de Garanție, Beneficiarul va efectua aceste teste în momentele și condițiile stabilite în Cerințele Beneficiarului și în conformitate cu manualele furnizate de către Antreprenor, potrivit prevederilor subclauzei 19.5, și orice îndrumare pe care Antreprenorul este solicitat să o asigure pe parcursul acestor teste. Beneficiarul va notifica Antreprenorul despre efectuarea testelor cu 30 de zile înainte de aceste teste. Antreprenorul va fi îndreptățit să fie prezent la efectuarea testelor. În cazul în care Antreprenorul nu participă la efectuarea testelor, Beneficiarul poate să înceapă efectuarea lor și testele vor fi considerate ca fiind efectuate în prezența Antreprenorului.

Dacă Lucrările sau o parte a Lucrărilor nu trec testele, se vor aplica în mod corespunzător prevederile subclauzelor 61.1, 61.2 și 61.3. În urma efectuării remedierilor necesare, testele vor fi repetate.

Dacă Lucrările sau o parte a Lucrărilor nu trec testele repetate, Beneficiarul va fi îndreptățit, cu condiția respectării prevederilor clauzei 69b [Revendicările Beneficiarului] la plata de către Antreprenor a daunei suportate de către Beneficiar.

Dacă această situație implică privarea semnificativă a Beneficiarului de beneficiul Lucrărilor (sau a unei părți de Lucrări), Beneficiarul, fără a afecta vreun alt drept al său, va fi îndreptățit, cu condiția respectării prevederilor clauzei 69b [Revendicările Beneficiarului], să recupereze toate sumele plătite pentru părțile de Lucrări în cauză împreună cu costul demontării acestor părți și eliberării Șantierului.”

Așa cum reiese din articolul 15 din Cerințele Beneficiarului obligațiile în privința ÎNTREȚINERII drumului expres pe perioada de 10 ani, nu privesc Antreprenorul.

Contestatorul opinează că încercarea Autorității Contractante de a nu pune în aplicare hotărârea Curții de Apel prin eliminarea unei cerințe la care Asocieria nu poate răspunde este nelegală.

Se citează din Hotărârea nr. din 16 noiembrie 2020 (pagina 115) - Anexa 5 la contestație, care privește direct oferta Asocierii:

„prin contestația formulată la CNSC în termenul legal, cât și ulterior, prin plângere, referitor la aceeași ofertă și la aceeași categorie de critici vizând prețul neobișnuit de scăzut, inclusiv faptul că perioada de garanție a lucrărilor ofertată de asocierea intimată ar fi de 10 ani pentru punctajul maxim, însă pentru această perioadă era necesară depunerea a două straturi de asfalt, astfel încât aceste straturi suplimentare celor necesare executării lucrării ar fi trebuit să se reflecte în costurile din oferta financiară a intimatei-asociere desemnată câștigătoare (1)..Referitor la prima categorie de critici, Curtea constată că este fondată".

În întărirea pct. III. 5. din contestația sa și având în vedere hotărârea Curții de Apel cu privire la straturile de asfalt suplimentare celor necesare executării lucrării, deoarece acestea au impact în oferta financiară, dar și în punctajul tehnic pentru perioada de garanție ofertată (12 puncte maxim), contestatorul solicită Consiliului obligarea autorității contractante la punerea în aplicare a hotărârii instanței prin verificarea tuturor ofertelor depuse, în raport cu Hotărârea Curții de Apel, și reevaluarea acestora din punct de vedere al asigurării înlocuirii stratului de uzura, ca element concret de susținere al perioadei de garanție suplimentară ofertată.

În concluzie, petentul constată că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare Hotărârea Civilă nr. ... din 16 noiembrie 2020 în ceea ce privește oferta Asocierii, favorizând flagrant acest ofertant în detrimentul ofertanților care au respectat prevederile documentației de atribuire. În realitate, oferta Asocierii trebuia respinsă, nu declarată câștigătoare a procedurii.

Având în vedere toate cele de mai sus, contestatorul solicită CNSC să admită prezenta contestație și să dispună anularea Comunicării rezultatului procedurii nr. 92/1.5389 din 24.02.2021, anularea Raportului procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu declararea ofertei sale ca fiind acceptabilă prin prisma motivelor dezvoltate în prezenta contestație, obligarea autorității contractante la anularea deciziei de admitere și declarare câștigătoare a ofertei ASOCIERII SRL - SC SRL.

În subsidiar, în măsura în care Consiliul va considera că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, așa cum a arătat mai sus, petentul solicită Consiliului să dispună analizarea faptului că dovezile prezentate de prin îndeplinirea condițiilor de „conditional non-debarrement" adică NON-EXCLUDERE CONDIȚIONATĂ sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității societății și reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ASOCIEREA SRL - SC SRL depune *Concluzii scrise* în urma studierii dosarului achiziției publice solicitând:

1. respingerea excepției lipsei de interes a în formularea cererii de intervenție,
2. admiterea cererii de intervenție și

3. respingerea contestației formulată de împotriva rezultatului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și Execuție Drum Expres ..”, număr SEAP ... în principal ca lipsită de interes și, în subsidiar, ca neîntemeiată.

Respingerea excepției lipsei de interes a în promovarea cererii de intervenție.

1. Intervenientul reține că prin Concluziile depuse la data de 30 Martie 2021, contestatara a arătat că înțelege să invoce excepția lipsei de interes a în promovarea cererii de intervenție în cauză, în ceea ce privește criticile aduse ofertei sale dar arată, totodată, că, în opinia sa, intervenția este una accesorie, în interesul autorității contractante (pagina 4 a Concluziilor).

2. Se arată că interesul este una dintre condițiile de exercitare a acțiunii civile, astfel cum arată dispozițiile art. 32 C.proc.civ., alături de condiția formulării unei pretenții.

3. Astfel cum arată și dispozițiile art. 61 alin. (3) C.proc.civ., citate chiar de petentă, scopul unei intervenții accesorii nu este acela de a formula o pretenție proprie, ci doar acela de a sprijini apărarea uneia dintre părți.

4. Ca urmare, formularea unei cereri de intervenție accesorie nu echivalează cu exercitarea unei acțiuni civile, deci nu necesită justificarea interesului de a acționa, în accepțiunea art. 33 C.proc.civ.

5. Or, în condițiile în care petenta apreciază că intervenția ar fi una accesorie, excepția lipsei de interes este un non-sens juridic.

6. Cu toate acestea, prin cererea de intervenție, ... a solicitat analizarea cererii sale de intervenție, în principal, ca fiind o cerere de intervenție în interes propriu și, în subsidiar, în cazul în care Consiliul ar aprecia inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante.

7. Ca urmare, dacă CNSC va admite susținerile petentei cu privire la caracterul accesoriu al cererii de intervenție, ofertantul câștigător solicită Consiliului să observe că excepția lipsei de interes se impune a fi respinsă ca neîntemeiată, întrucât interesul este o condiție pentru exercitarea acțiunii civile, astfel cum arată art. 32 C.proc.civ., iar nu pentru sprijinirea apărării uneia dintre părți, pe calea intervenției accesorii.

8. În plus, în pofida susținerilor petentei, ofertantul susține că intervenția sa este una în interes propriu. Ea tinde la protejarea dreptului său, corelativ obligației autorității contractante din cuprinsul art. 143 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a Legii 98/2016, de a încheia contractul de achiziție publică. susține că a dobândit acest drept în urma declarării ofertei sale drept câștigătoare a procedurii, iar posibilitatea stingerii acestui drept în urma parcurgerii procedurilor legale de verificare a actelor autorității contractante nu invalidează nașterea dreptului.

9. De altfel, indiferent de interpretarea ce se va da naturii cererii de intervenție, ofertantul învederează că are interes să o formuleze întrucât petenta critică oferta sa, ce a fost declarată câștigătoare a procedurii.

10. Or, în aceste condiții, interesul este „determinat”, prin aceea că urmărește un scop precis, respectiv respingerea criticilor petentei cu

privire la oferta sa și păstrarea actelor autorității contractante cu privire la oferta sa.

11. Se menționează că interesul este „legitim”, întrucât dreptul pe care îl protejează emană din dispozițiile legale incidente, respectiv din art. 143 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a Legii 98/2016.

12. Interesul este „personal”, întrucât respingerea contestației și păstrarea actelor autorității contractante în ceea ce privește oferta sa ar conduce la încheierea contractului cu acesta, scopul urmărit de toți participanții la procedură.

13. Nu în ultimul rând, interesul este „născut și actual”, întrucât oferta sa a fost deja declarată câștigătoare, astfel cum rezultă din Raportul procedurii și adresa autorității contractante nr. 92/15388/24.02.2021 de comunicare a rezultatului procedurii.

14. De altfel, dispozițiile art. 33 C.proc.civ. permit exercitarea acțiunii civile chiar și în ipoteza în care interesul nu ar fi încă născut sau actual, atunci când scopul acțiunii este de a preveni încălcarea unui drept subiectiv. Prin intervenție, ... urmărește conservarea dreptului său de a încheia contractul, ce este amenințat prin criticile nefondate și neîntemeiate aduse de petentă ofertei sale.

15. Ca urmare, intervenientul solicită CNSC ca prin decizia ce o va pronunța să respingă ca neîntemeiată excepția lipsei de interes a în formularea cererii de intervenție, indiferent de calificarea pe care o va da acesteia, de intervenție principală sau accesorie.

II. Admiterea excepției lipsei de interes a petentei în formularea contestației.

16. Intervenientul reține că prin concluziile sale, petenta nu contestă faptul că pe poziția secundă a clasamentului este situată oferta depusă de ofertantul, ce a obținut maximul de 50 de puncte pentru propunerea tehnică și are un preț net superior celui oferit de petentă.

17. Petenta afirmă însă că nu a fost informată despre poziția în clasament a acestui ofertant, fără a indica însă cui altcuiva i-ar fi revenit sarcina să se informeze despre ofertele concurente pe care dorește să le conteste și pe care trebuie să le conteste pentru a avea, măcar virtual, posibilitatea de a fi declarată câștigătoare a procedurii.

18. În plus, deși susține că raportul procedurii a fost publicat și chiar i-a fost comunicat de autoritatea contractantă, petenta nu aduce nici acum vreo critică ofertei depuse de și care, chiar și în ipoteza admiterii contestației petentei, ar surclasa-o în clasamentul procedurii.

19. În schimb, petenta se limitează să afirme că până la soluționarea cauzei este posibil să intervină diverse situații în legătură cu ofertantul care să conducă la eliminarea acestuia din procedură.

20. Ofertantul câștigător arată că susținerile petentei se impun a fi respinse întrucât interesul de a acționa trebuie să existe și să fie justificat la momentul introducerii acțiunii și pe tot parcursul cauzei, iar nu doar în eventualitatea în care ar interveni varii schimbări în cursul litigiului.

21. Or, la momentul introducerii contestației, la momentul invocării excepției lipsei de interes a petentei și la momentul depunerii concluziilor sale, niciuna dintre posibilele schimbări enumerate de petentă cu privire la ofertantul nu s-a produs, cu urmare că petenta nu are nici în prezent

un interes personal în cauză, caracterul nelegitim al interesului său fiind vădit de susținerile sale nefondate și neîntemeiate cu privire la oferta câștigătoare.

22. Se menționează că petenta nu justifică interes în promovarea acțiunii sale întrucât, chiar și în ipoteza în care, prin reducere la absurd, contestația sa ar fi integral admisă, petenta nu ar putea fi declarată câștigătoare a procedurii.

23. Concret, intervenientul susține că, așa cum rezultă din Procesul-Verbal nr. 24/1826/09.02.2021 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini (secțiunea pe care ofertantul a putut-o studia la sediul autorității), respectiv pagina 17, pentru Propunerile Tehnice, atât, cât și ofertantul și petenta au obținut fiecare punctajul maxim, de 50 de puncte.

24. Similar, astfel cum rezultă din Procesul-Verbal nr. 24/1827/09.02.2021 privind evaluarea propunerilor financiare (secțiunea pe care ofertantul a putut-o studia la sediul autorității), respectiv pagina 13, pentru Propunerile Financiare a obținut punctajul maxim, de 50 de puncte, ofertantul a obținut 38,88 de puncte, iar petenta a obținut 37,43 de puncte.

25. Intervenientul afirmă că aceste informații se găsesc și în Raportul procedurii nr. 24/2557/24.02.2021, respectiv la paginile 20-21 punctajul acordat Propunerilor Tehnice și la pagina 22 punctajul acordat pentru Propunerile Financiare.

26. Astfel, intervenientul precizează că se poate observa chiar și de către petenta că pe poziția secundă a clasamentului este situată oferta depusă de ofertantul, ce are un preț net superior celui oferit de petentă și a obținut un punctaj de 88,88 puncte (50+38,88), în timp ce oferta petentei a primit doar 87,43 puncte (50+37,43).

27. În concluzie, chiar în ipoteza admiterii integrale a contestației sale, petenta s-ar situa pe locul 2 al clasamentului, în urma ofertantului, întrucât petenta nu critică nici oferta depusă de ofertantul și nici punctajul acordat propriei oferte.

28. De altfel, în condițiile în care propunerea tehnică a petentei a fost punctată cu maximum de 50 de puncte, iar punctajul propunerii financiare este un simplu calcul matematic, nici măcar teoretic petenta nu ar avea ce să conteste în legătură cu punctarea ofertei sale.

29. Cu toate acestea, intervenientul susține că, raportat la momentul comunicării rezultatului procedurii, 24.02.2021, termenul de formulare a contestațiilor, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016 a expirat, iar extinderea cadrului procesual pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia este expres catalogată drept inadmisibilă de legiuitor, prin dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016.

30. Ca urmare, intervenientul apreciază că la acest moment, petenta nu mai poate formula contestație împotriva actelor autorității contractante nici cu privire la evaluarea ofertei depuse de ofertantul și nici cu privire la punctajul acordat propriei oferte.

31. Mai mult, întrucât petenta nu critică oferta situată pe poziția secundă a clasamentului, înaintea ofertei sale, dacă aceasta ar fi considerată admisibilă și acceptabilă, intervenientul opinează că petenta nu

va mai putea critica ulterior, omisso medio, respectiva ofertă întrucât rezultatele evaluării ofertei îi sunt deja cunoscute dar a ales să nu le conteste.

32. Ca urmare, intervenientul solicită CNSC ca prin decizia ce o va pronunța să admită excepția lipsei de interes a petentei în formularea contestației întrucât aceasta nu poate obține niciun folos personal, chiar în ipoteza admiterii contestației, întrucât a omis să critice actele autorității contractante cu privire la toate ofertele clasate înaintea ofertei sale.

III. Respingerea susținerilor petentei cu privire la puterea lucrului judecat al Deciziei Civile ... în ceea ce privește situația sa personală.

33. Intervenientul reține că petenta apreciază că Decizia civilă ..., pronunțată de Curtea de Apel în dosarul ... „nu dezleagă definitiv o problemă de drept dedusă judecătii” întrucât este pronunțată într-o altă cauză și cu privire la altă procedură de atribuire.

34. Ofertantul câștigător apreciază că susținerile petentei sunt neîntemeiate:

35. În primul rând, faptul că o problemă este dezlegată în mod definitiv într-o altă cauză este de esența autorității de lucru judecat și a puterii de lucru judecat, fiind de neconceput ca o problemă dezlegată definitiv să fie repusă în discuție în aceeași cauză.

36. În al doilea rând, considerentele Deciziei civile ... a căror putere de lucru judecat a invocat-o intervenientul nu privesc cerințele documentației de atribuire aferentă altei proceduri, ci situația personală a ofertantului, nimeni altul decât petenta din această cauză.

37. Or, fără a reveni asupra celor arătate pe larg în cererea de intervenție, intervenientul susține că prin decizia civilă indicată, Curtea de Apel a constatat, în mod definitiv, că ofertantul, petenta din această cauză, se afla sub incidența unei sancțiuni ce i-a fost aplicată pentru o abatere profesională gravă într-o perioadă ce include și data depunerii ofertelor în această procedură.

38. Mai mult, prin aceeași decizie s-a decis, tot în mod definitiv, că, în legătură cu situația personală a ofertantului, nu în legătură cu procedura de achiziție, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 și că, din perspectiva dispozițiilor art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016 sunt întrunite condițiile de excludere din procedură.

39. Intervenientul opinează că trimiterile petentei la dispozițiile art. 171 alin. (1)-(3) din Legea 98/2016 și jurisprudența internă și europeană invocate se impun a fi respinse ca neîntemeiate.

40. Dispozițiile art. 171 alin. (1)-(3) din Legea 98/2016 se referă la situația unui operator care se află în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 din Legea 98/2016 care atrag excluderea din procedura de atribuire, dar căruia nu i-a fost aplicată sancțiunea interzicerii de a participa la procedurile de atribuire.

41. Intervenientul arată că situațiile precum cea a petentei, în care operatorului i-a fost aplicată sancțiunea interzicerii de a participa la procedurile de atribuire sunt tratate în alineatele (4) și (5) ale art. 171 din Legea 98/2016, care fac o diferență între situația în care sancțiunea a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată, alineatul (4) și

situația în care sancțiunea a fost aplicată, dar nu prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată, alineatul (5).

42. Or, astfel cum s-a stabilit în mod definitiv și cu putere de lucru judecat prin Decizia civilă 2147/2020, situația petentei se încadrează în dispozițiile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016, respectiv petenta se afla la data depunerii ofertei în situația de excludere pentru că de la momentul aplicării sancțiunii nu doar că nu trecuseră 3 ani, ci petenta se afla chiar în perioada de excludere.

43. Astfel, chiar dacă, în accepțiunea petentei, motivele prevăzute de art. 164-167 din Legea 98/2016 nu conduc la excluderea automată din procedură, aplicarea sancțiunii interdicției de a participa la proceduri de achiziție, aplicată printr-o hotărâre judecătorească este un motiv de excludere automată, potrivit art. 171 alin. (4) din Legea 98/2016, iar dacă sancțiunea nu a fost aplicată printr-o hotărâre judecătorească, constituie motiv de excludere dacă de la momentul aplicării sancțiunii nu au trecut trei ani, potrivit art. 171 alin. (5), adică situația în care Curtea de Apel a decis în mod definitiv că se află contestatara din această procedură.

IV. Respingerea susținerilor petentei cu privire la fondul deciziei de excludere a ofertei sale.

44. Intervenientul precizează că la momentul elaborării Procesului-Verbal nr. 24/1825/09.02.2021, comisia de evaluare nu cunoștea decizia definitivă a Curții de Apel cu privire la situația personală a ofertantului și a arătat în respectivul proces-verbal „aria de expertiză destul de restrânsă” de care a dispus pentru a se pronunța asupra situației personale a petentei.

45. Afirmarea petentei potrivit cu care comisia de evaluare ar fi decis că nu se află într-o situație de excludere din procedură este în opinia câștigătorului vădit nefondată, având în vedere Raportul procedurii și rezultatul procedurii.

46. De altfel, petenta chiar recunoaște faptul că deciziile comisiei de evaluare se pot schimba în situația în care apar elemente noi, astfel cum a fost Decizia civilă, comunicată după emiterea opiniei comisiei de evaluare prevăzută în Procesul-Verbal nr. 24/1825/09.02.2021.

47. Cât privește acuzațiile petentei cu privire la preținse „insistențe”, „ingerințe” și „presiuni” exercitate asupra comisiei de evaluare, intervenientul solicită Consiliului să observe că acestea sunt simple afirmații pro causa, nesusținute de vreo probă.

48. De altfel, petenta pare să omită faptul că Decizia civilă ... a fost pronunțată în contradictoriu și cu autoritatea contractantă din această procedură, fiindu-i în egală măsură opozabilă acesteia ca și petentei.

49. Or, în ciuda vehemenței și acuzațiilor neprobate, petenta nu indică niciun temei de drept sau raționament juridic în baza căruia o comisie de evaluare ar putea (în mod legal) să ignore o hotărâre judecătorească definitivă, opozabilă autorității contractante care a desemnat-o și care privește situația personală a unui ofertant pe care comisia trebuie să o evalueze.

50. Altfel spus, petenta nu arată în ce bază comisia de evaluare din cadrul autorității contractante ar fi putut ignora o hotărâre judecătorească

definitivă, pronunțată în contradictoriu cu autoritatea contractantă, cu privire la ofertantul a cărui situație personală trebuie să o evalueze.

51. Susținerile petentei cu privire la situația sa actuală, respectiv ieșirea sa din perioada interdicției de a participa la proceduri și, implicit solicitările sale cu privire la depunerea informațiilor transmise de ori obținerea lor direct de la aceasta se impun a fi respinse în opinia intervenientului pentru că acestea nu pot schimba situația, recunoscută de petentă, respectiv că la data depunerii ofertelor în această procedură se afla în perioada sancțiunii interzicerii de a participa la proceduri și că nu a declarat acest lucru autorității contractante.

52. În egală măsură, intervenientul susține că clarificările transmise de petentă și interpretarea pe care aceasta alege să o dea răspunsului ANAP la solicitarea de consiliere metodologică nu pot răsturna sau invalida, ori lăsa fără efecte o hotărâre judecătorească definitivă cu privire la situația sa personală.

53. De asemenea, apreciază câștigătorul că nu pot fi primite, fiind străine cauzei și în afara competenței CNSC, susținerile petentei cu privire la cauzele ce au condus la aplicarea sancțiunii și dacă acestea ar fi putut sau nu să fie catalogate drept „fraudă și corupție” în România, cât timp sancțiunea a fost aplicată, nu a fost contestată și a fost redusă, ca durată, tocmai datorită recunoașterii faptelor de către societățile din grupul petentei față de care aceasta este afiliat.

54. În final, intervenientul opinează că petenta nu se face vinovată de o abatere profesională gravă „imaginară”, astfel cum se exprimă, ci de o abatere profesională gravă stabilită printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

V. Respingerea susținerilor petentei cu privire la îndeplinirea de către a cerinței referitoare la cifra de afaceri anuală generală.

55. Intervenientul reține că prin concluziile sale, petenta reia propria sa interpretare a considerentelor Deciziei civile și chiar își arogă libertatea de a se substitui comisiei de evaluare prin indicarea modului în care aceasta ar fi trebuit, în opinia petentei, să-și formuleze cererile de clarificare adresate subscrisei.

56. Ofertantul câștigător afirmă că toate documentele ce probează îndeplinirea de către acesta a cerințelor Fișei de Date cu privire la cifra de afaceri generală anuală au fost depuse odată cu Oferta.

57. „Resursele invocate ca element de susținere a ofertantului” au fost chiar cifra de afaceri generală anuală a terțului susținător și a fost demonstrată potrivit cerințelor documentației de atribuire.

58. Autoritatea contractantă a pus în executare Decizia Civilă nr. 2127/2020 sens în care a adresat o solicitare de clarificări intervenientului, iar acesta a răspuns, prin adresa nr. 73/20.01.2021 și actele atașate acesteia, în mod concludent, solicitării comisiei de evaluare în sensul că a clarificat resursele financiare puse la dispoziție de terțul susținător și a demonstrat atât resursele financiare ale acestuia, cât și cele ce pot fi mobilizate de ofertant, deși Anunțul de participare nu prevede niciun prag minim pentru „resursele financiare”, fie ele ale ofertantului sau ale terților susținători.

59. Astfel, raportat la cerința Fișei de Date, ce privește cifra de afaceri generală anuală pentru anii 2016-2018 care nu stabilește niciun prag minim pentru „resurse financiare” ce vor fi mobilizate începând, cel mai devreme, cu anul 2021 toate documentele ce demonstrează îndeplinirea cerinței Fișei de date au fost depuse odată cu oferta.

60. Se arată că prin documentele anexă adresei nr. 73/20.01.2021, intervenientul nici nu a modificat Oferta sa și nici nu a completat-o ci, suplimentar față de toți ceilalți ofertanți, inclusiv atât de vehementa petentă și în plus față de cerințele Fișei de Date, a dovedit că deține inclusiv „resursele financiare” ce vor fi mobilizate în cursul executării contractului, iar nu doar cifra de afaceri din anii precedenți, astfel cum s-a solicitat tuturor ofertanților.

61. Or, chiar trecând peste ipocrizia petentei, care și-a demonstrat doar cifra de afaceri generală anuală și situația sa personală atrasă de practicile frauduloase, ideea respingerii ofertei unui ofertant care a demonstrat nu doar îndeplinirea cerinței Fișei de date, ci și a stabilității financiare concrete, nu doar de la momentul depunerii ofertei, când petenta se afla sub interdicția de a participa la procedură, ci și pentru viitor este în opina câștigătorului lipsită de orice fundament, logic sau legal.

62. Nu în ultimul rând, contrar susținerilor petentei, prin Decizia Civilă nr. ... instanța nu a decis că se impune respingerea ofertei subscrisei, astfel cum a decis în cazul petentei prin Decizia civilă ... ci, din contră, a menținut expres soluția CNSC de respingere a cererii de excludere din procedură drept inacceptabilă ori neconformă a ofertei

63. În final, intervenientul reiterează faptul că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ... nu a completat sau modificat Oferta, ci a pus la dispoziția autorității contractante dovezile privind acele aspecte ale capacității sale economice și financiare în legătură cu care instanța de judecată a apreciat că există neclarități, astfel cum a dispus instanța și permit dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016.

VI. Respingerea susținerilor petentei cu privire la îndeplinirea de către a cerinței referitoare la experiența similară în proiectare.

64. Ca și în cazul celor privind capacitatea economică și financiară, intervenientul susține că criticile petentei din concluziile sale cu privire la experiența similară în proiectare a sunt nefondate întrucât prin răspunsul la solicitarea de clarificări, câștigătorul nu a completat sau modificat Oferta.

65. Concret, din cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 24/481/13.01.2021, se observă că toate înscrisurile atașate acestuia sunt fie documentele deja depuse, odată cu Oferta, prin intermediul SICAP, fie reconfirmări ale actelor deja depuse și a angajamentelor deja asumate, cerute de comisia de evaluare din partea terțului său susținător și a personalului cheie desemnat.

66. În final, intervenientul susține că afirmația petentei potrivit cu care „Asocierea arată că abia acum a depus documente ce atestă experiența similară a terțului susținător” este lipsită de orice fundament, astfel cum se poate observa din cuprinsul documentelor depuse odată cu Oferta, prin intermediul SICAP.

VII. Respingerea susținerilor petentei cu privire la prețul ofertat de pentru organizarea de șantier.

67. Ofertantul câștigător remarcă faptul că în această secțiune a concluziilor sale, petenta continuă să denatureze și să trunchieze după bunul plac atât reținerile instanței din decizia pe care o citează în extenso, cât și demersurile autorității contractante, pentru a se declara apoi șocată și de-a dreptul ultragiată de propriile sale elucubrații străine de realitate și care, potrivit propriei opinii, ar trebui să fie „o rușine pentru toți cei implicați”.

68. Revenind la realitatea faptică din cauză, intervenientul afirmă că a oferat pentru organizarea de șantier suma de 360.000 lei fără TVA, iar nu suma de 1.250.000 lei fără TVA, astfel cum în mod nefondat susține petenta încercând să speculeze o simplă eroare umană ce a constatat în transmiterea, din eroare, în această procedură a unui document elaborat pentru o altă ofertă, din altă procedură de achiziție la care a participat.

69. Concret, autoritatea contractantă a solicitat intervenientul prin adresa 24/2636/16.06.2020 justificarea prețului oferat și transmiterea documentelor privind prețurile obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare, costurile implicate pentru utilaje și echipamente de lucru, precum și detalierea prețului oferat pentru mai multe articole din cadrul Anexei nr. 1 la Formularul nr. 7.

70. Intervenientul arată că a răspuns solicitării de clarificare prin adresa nr. 894/22.06.2020, căreia i-a atașat 638 de pagini de date și documente ce demonstrează seriozitatea și realitatea prețului oferat. Printre aceste documente, dintr-o regretabilă eroare umană s-a strecurat și documentul prezentat de petentă la pagina 29 a concluziilor sale ca fiind „justificarea de preț a Asocierii” și care însă nu are legătură cu oferta sa din această procedură.

71. Ofertantul câștigător a arătat această eroare atât în fața CNSC, cât și în fața Curții de Apel, aspect reținut de altfel chiar în secțiunea considerentelor Deciziei Civile nr. 2127/2020 citată de petentă la pagina 27 a concluziilor sale, respectiv „din aceeași perspectivă se constată că deși intimata-asociere a invocat o simplă eroare strict formală și absolut nesemnificativă atât în economia de mii de pagini a ofertei intimatelor”.

72. Cu ocazia reevaluării Ofertei, pentru a da curs dispozițiilor Deciziei Civile nr. ..., autoritatea contractantă i-a adresat solicitarea de clarificări nr. 24/481/13.01.2021 tocmai pentru a lămuri în mod definitiv această problemă, respectiv justificarea prețului de 360.000 Lei fără TVA oferat prin Propunerea Financiară, astfel deja arătat de acesta și reținut de curtea de apel, iar nu dacă nu cumva a oferat suma de 1.250.000 Lei fără TVA, cum rezultă din înscrisul transmis din eroare și pe care petenta încearcă să-l speculeze într-un mod nepermis.

73. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, intervenientul a transmis comisiei de evaluare defalcarea valorii Organizării de Șantier, ce cuprinde elementele declarate în Propunerea Tehnică și a confirmat faptul că suma de 360.000 Lei fără TVA, arătată încă de la început în Propunerea Financiară depusă de acesta este prețul oferat pentru organizarea de șantier.

74. Ca urmare, ofertantul câștigător afirmă că nu a modificat cu nimic Oferta sa, respectiv Propunerea Financiară, prețul oferat pentru

organizarea de șantier fiind cel prevăzut încă de la momentul depunerii Ofertei, respectiv 360.000 Lei, fără TVA.

75. De altfel, așa cum a arătat prin cererea de intervenție și susține și autoritatea contractantă prin punctul său de vedere depus în cauză, intervenientul menționează că costurile sale cu organizarea de șantier, pentru care în Cerințele Beneficiarului nu există un capitol intitulat Organizare de Șantier și nici obligații ale Antreprenorului cu privire la această categorie cuprinsă în Propunerea Financiară sunt relativ mici pentru că câștigătorul închiriază de la terțul său susținător, ... SRL, organizarea de șantier, complet funcțională și amenajată ca atare, deținută de acesta în Petenta face confuzie între noțiunile diferite de Organizare de Șantier (asupra căreia a dispus Curtea de Apel) și Organizarea în Șantier (asupra careia Curtea de Apel nu a dispus).

76. Astfel, spre deosebire de ceilalți ofertanți, ... nu trebuie să înființeze „de la zero” organizarea de șantier și nici nu va avea costuri precum cele ulterioare executării contractului, cum ar fi cele de eliberare a organizării de șantier sau de readucere a terenului aferent acesteia la starea inițială.

77. Cât privește susținerile petentei din finalul acestei secțiuni a concluziilor sale, intervenientul solicită să le respingă întrucât aceasta continuă să se raporteze la datele dintr-un document depus din eroare, astfel că suma de 630.000 Lei nu a fost niciodată valoarea chiriei stabilită între și terțul său susținător ... SRL pentru locațiunea organizării de șantier, prețul de 360.000 Lei fără TVA a fost oferat de, prin Propunerea Financiară depusă, iar nu a fost „indicat fățiș” acestuia de către autoritatea contractantă, astfel cum în mod absurd afirmă petenta și, în final, întrucât prețul locațiunii organizării de șantier nu a fost niciodată de 630.000 Lei ci, potrivit Propunerii Financiare, 360.000 Lei, prețul locațiunii nu putea fi „modificat miraculos” la aceeași valoare, de 360.000 Lei prin actul adițional invocat de petentă, astfel cum nefondat apreciază aceasta.

VIII. Respingerea susținerilor petentei cu privire la punctarea ofertei din punctul de vedere al personalului cheie.

78. Intervenientul remarcă faptul că în această secțiune a concluziilor sale, petenta reia criticile sale nefondate și neîntemeiate din contestație și se arată nemulțumită de faptul că autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului câștigător cu privire la disponibilitatea experților cheie arătați în Oferta sa, deși exact acest lucru a fost dispus prin Decizia Civilă nr. ... pe care petenta o citează din nou, in extenso.

79. Concret, astfel cum se poate observa din dispozițiile Deciziei Civile nr. ..., citate de petentă la pagina 30 a concluziilor sale, instanța a considerat că „revenea autorității contractante obligația de a stabili în mod cert dacă personalul indicat (...) se află într-adevăr la dispoziția asocierii ofertant pe durata executării activității de proiectare (...) fiind astfel necesar ca autoritatea contractantă să verifice dacă încheierea unor astfel de contracte de colaborare și prezentarea unor declarații de disponibilitate (...) reprezintă dovezile suficiente pentru a garanta că pe durata activității de proiectare acest personal este la dispoziția ofertantului”.

80. Astfel, intervenientul solicită CNSC să observe că autoritatea contractantă a procedat potrivit dispozițiilor instanței, iar solicitarea de clarificare ce i-a fost adresată nu este un abuz ori vreun favor făcut

oferantului, cum în mod neîntemeiat apreciază petenta, ci modalitatea legală prin care comisia de evaluare putea da curs dispozițiilor hotărârii judecătorești.

81. Se menționează că susținerile petentei potrivit cu care „retransmite” declarațiile de disponibilitate este vădit nefondată întrucât prin documentele transmise, personalul nominalizat în ofertă și terțul susținător, căruia instanța a apreciat că îi „aparține” personalul, au confirmat, într-adevăr, din nou, având în vedere chiar neclaritatea vizată prin dispozițiile Deciziei Civile nr. ... că sunt capabili să se implice efectiv în activitatea de proiectare implicată de acest proiect.

82. Or, în condițiile în care intervenientul i-a indicat în ofertă, personalul nominalizat și-a confirmat disponibilitatea, se apreciază că ofertantul a făcut dovada că acesta este la dispoziția sa dacă îi va fi atribuit contractul și apoi, după intervenția Deciziei Civile nr. ..., același personal a confirmat din nou că se poate implica efectiv în realizarea acestui contract, iar terțul său susținător, căruia s-a apreciat că acest personal i-ar „aparține” a confirmat și el că personalul este efectiv disponibil pentru a participa la executarea contractului, nici, nici autoritatea contractantă, nici personalul nominalizat și nici terțul susținător nu mai au ce și cum să demonstreze cu privire la acest aspect.

83. Astfel, intervenientul solicită CNSC să respingă ca nefondate susținerile petentei care, fără nicio probă, susține, pur și simplu că „pentru toată lumea este clar ca punctajul s-a acordat pentru experți ce nu vor lucra vreodată în acest contract”.

84. Mai mult, ofertantul câștigător arată că nu există niciun temei legal pentru care, dincolo de dispozițiile Fișei de Date și în afara acestora, dar și a documentației de atribuire, care prevăd expres și neechivoc că dovada faptului că personalul ofertat este disponibil și la dispoziția ofertantului se face prin declarații de disponibilitate și contracte de colaborare, ..., spre deosebire de toți ceilalți ofertanți, să fie verificată după alte criterii, inexistente în documentația de atribuire ori să fie ținută la a produce dovezi, documente și declarații ce pur și simplu nu au fost cerute tuturor ofertanților, pentru că sunt prevăzute în documentația de atribuire.

85. Altfel spus, intervenientul susține că a demonstrat disponibilitatea personalului declarat și faptul că acesta se află la dispoziția sa potrivit prevederilor Fișei de Date și a documentației de atribuire, iar susținerile petentei cu privire la ce alte verificări, față de alte criterii ar fi trebuit să facă autoritatea contractantă sunt lipsite de orice suport, atât legal, cât și din cuprinsul documentației de atribuire.

IX. Respingerea susținerilor petentei cu privire la punctarea ofertei din punctul de vedere al perioadei de garanție a lucrărilor ofertată de aceasta.

86. Intervenientul reține că în această secțiune a concluziilor sale, petenta pur și simplu ignoră atât dispozițiile documentației de atribuire, cât și dispozițiile contractului pe care le citează și chiar și pe cele ale Normativului pe care îl invocă.

87. Concret, cu privire la documentația de atribuire, nicio dispoziție a acesteia nu impune schimbarea stratului de uzură, drept cerință de

calificare sau factor de evaluare. De altfel, nici petenta, în ciuda vehemenței și acuzelor gratuite pe care le lansează, nu poate indica vreo dispoziție în acest sens a documentației de atribuire.

88. Cât privește capitolul 15 al Cerințelor Beneficiarului, invocat de petentă, dincolo de faptul că legislația în domeniul achizițiilor publice nu permite includerea criteriilor de calificare ori a factorilor de evaluare în Cerințele Beneficiarului, iar nu în Anunțul de participare, acesta nu susține cu nimic afirmațiile petentei.

89. Concret, în cuprinsul acestuia, astfel cum se poate observa din chiar pasajul citat de petentă la pagina 33 a concluziilor sale, nu se amintește nicăieri obligația de a schimba stratul de uzură, ci despre efectuarea unor teste, pe care Beneficiarul le face la orice lucrare, înainte de recepția la terminarea lucrărilor, pe parcursul perioadei de garanție și înainte de recepția finală.

90. Intervenientul mai susține că este familiarizat cu această procedură a Beneficiarului și cu efectuarea acestor teste, întrucât a executat zeci de lucrări de drumuri în România, ce au fost recepționate de Beneficiar, ceea ce nu se poate afirma despre petentă.

91. Este însă probabil că, pentru petentă, toate aceste teste echivalează cu eșecul, din start, al încercării de a obține rezultate bune la testele de planeitate și capacitate portantă. Însă intervenientul susține că nu a obținut niciodată rezultate deficitare la aceste teste, indiferent dacă în discuție au fost lucrări de reabilitare sau construcții de drumuri noi. Atât autoritatea contractantă din această cauză, cât și C.E.S.T.R.I.N., subdiviziunea acesteia, ce efectuează propriu-zis aceste teste, cunosc acest aspect și îl pot confirma oricând.

92. Totodată, ofertantul câștigător solicită CNSC să respingă ca neîntemeiate și nefondate susținerile petentei că „nu pot fi reținute” concluziile repetate ale comisiei de evaluare că o astfel de obligație, de schimbare a stratului de uzură nu a fost solicitată prin documentația de atribuire și este o sarcină a beneficiarului, întrucât este o lucrare de întreținere, menită să remedieze uzura normală, pentru care antreprenorul nu răspunde, întrucât acest lucru este expres arătat în dispozițiile sub-clauzei 61.1 din contract.

93. Se reține că petentă nu pare însă să fie impresionată nici de faptul că sub-clauzele contractului pe care le invocă îi contrazic afirmațiile.

94. Astfel, cât privește dispozițiile sub-clauzei 61.6 din condițiile de contract, citată chiar de petentă, ofertantul solicită Consiliului să observe că acestea trimit la sub-clauzele 61.1 și 61.2 care nu sprijină ci, din contră, contrazic afirmațiile petentei, respectiv „61.6 (...) Dacă Lucrările sau o parte a Lucrărilor nu trec testele, se vor aplica în mod corespunzător prevederile sub-clauzelor 61.1, 61.2 și 61.3. În urma efectuării remedierilor necesare, testele vor fi repetate.”

95. Concret, sub-clauza 61.2 din condițiile de contract arată că:

„61.1 Antreprenorul va fi responsabil de remedierea oricărui viciu și oricărei deteriorări a unei părți a Lucrărilor ce se poate produce sau poate apărea în Perioada de Garanție și care: (a) rezultă din folosirea unor Echipamente sau Materiale defectuoase sau din proiectare de către Antreprenor sau punerea în operă necorespunzătoare; și/sau (b) rezultă din orice acțiune sau lipsă de acțiune a Antreprenorului în Perioada de

Garanție. Dacă un astfel de viciu apare sau o astfel de deteriorare se produce în Perioada de Garanție, Supervizorul sau Beneficiarul vor notifica Antreprenorul cu privire la aceste vicii sau deteriorări. Notificarea va indica motivele pentru care Antreprenorul este responsabil de viciul sau deteriorarea. În Perioada de Garanție, Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzura normală a Lucrărilor produsă, pentru fiecare parte din Lucrări, începând cu data de începere a utilizării părții respective de către Beneficiar potrivit prevederilor clauzei 59 [Utilizarea Lucrărilor înainte de Recepția la Terminarea Lucrărilor] sau, dacă nu există o asemenea dată, de la data de aprobare a Recepției la Terminare. De asemenea, Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzura sau deteriorări care rezultă dintr-o utilizare necorespunzătoare a Lucrărilor." , iar sub-clauza 61.1 că: „61.2 La primirea unei notificări emise potrivit prevederilor sub-clauzei 61.1 și în conformitate cu aceasta, Antreprenorul va remedia pe propriul cost orice viciu sau deteriorare în cel mai scurt timp posibil".

96. Ca urmare, întrucât în Perioada de Garanție, Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzura normală a Lucrărilor, efectele uzurii normale nu pot face obiectul unei notificări emise în temeiul sub-clauzei 61.1. deci nu este aplicabilă sub-clauza 61.2. ce se referă în terminis la existența unei notificări emise în baza sub-clauzei 61.1, cu urmarea logică, chiar dacă nu și pentru petentă, că dispozițiile sub-clauzei 61.6 din condițiile de contract nu au legătură cu susținerile sale privind așa- zisa obligație de schimbare a stratului de uzură.

97. Totodată, față de cele de mai sus, respectiv față de conținutul concret al clauzelor condițiilor de contract, intervenientul solicită respingerea ca vădit neîntemeiată a concluziei pe care petenta o trage din acestea, la pagina 34 a concluziilor sale, respectiv că din aceste sub-clauze, în special 61.6 „rezultă că înlocuirea stratului de uzură este obligatorie conform documentației".

98. Ignorând astfel documentația de atribuire și condițiile contractuale pe care le invocă, petenta nu putea fi împiedicată nici de contrarietatea dintre susținerile sale și dispozițiile Normativului AND 554/2002 ori de inaplicabilitatea în cauză a acestui Normativ.

99. Concret, Normativul AND 554/2002 prevede în mod expres, la art. 5, lit. a) că nu se aplică lucrărilor de construcții noi de drumuri, astfel cum este și întregul drum expres Craiova-Pitești, nu doar Tronsonul 4, obiect al acestei proceduri, respectiv:

Art. 5. Prezentul normativ nu se aplică:

a) lucrărilor de modernizări și construcții noi de drumuri (acestea executându-se în conformitate cu legislația lucrărilor de construcții);

b) străzilor (altele decât cele menționate la art. 4, pct d);

c) drumurilor vicinale.

100. Chiar ignorând inaplicabilitatea acestui Normativ asupra lucrărilor de construcții noi de drumuri, tot se impune a se observa că dispozițiile sale pur și simplu nu precizează nicăieri obligativitatea schimbării stratului de uzură, ci precizează timpul sau durata inițială de funcționare a drumului, adică 5 ani, în parametrii ceruți de beneficiar, însemnând că valorile testelor precizate prin Cerințele Beneficiarului trebuie îndeplinite.

101. Intervenientul susține că Normativul AND 554/2002 nu are un caracter de obligativitate, impusă prin simpla sa publicare, în sensul că intervenția asupra stratului de uzură nu este automată, nu intervine fără excepție cu o anumită cadență și, implicit, stratul de uzură nu trebuie schimbat cu o anumită cadență ori la anumite perioade fixe de timp, ci doar în funcție de starea sa concretă, astfel cum se arată în mod expres în Anexa 4 din Normativul AND 554/2002, lit. H pct. 1 și 2, respectiv:

„H (1) Durata inițială de funcționare sau între două reparații capitale VA PUTEA FI PRELUNGITĂ în cazul în care starea tehnică a sistemelor rutiere existente și capacitatea portantă a drumului se mențin în limite admisibile prevăzute de reglementările tehnice în vigoare la data expirării duratei normale de funcționare.

(2) Timpul de prelungire sau de scurtare a duratei normale de funcționare se determină prin observații și măsurători directe ale traficului și capacității portante ale sistemelor rutiere, cât și a determinării capacității de circulație în raport cu evoluția traficului rutier.”

102. Mai mult, Normativul AND 554/2002 este un document cu caracter de planificare și de stabilire a unor criterii de intervenție asupra drumurilor, planificări ce sunt demarcate și aprobate de însăși autoritatea contractantă, ce a elaborat acest Buletin Tehnic. Astfel, inclusiv pentru drumurile supuse acestui normativ, cum NU este cazul drumului nou obiect al procedurii, Normativul arată la art 3 lit. b):

Art. 3. Prezentrul normativ prevede:

- a) clasificarea și definirea lucrărilor și serviciilor desfășurate de către administratorii rețelei de drumuri publice aferente întreținerii și reparații drumurilor, a podurilor de șosea și a anexelor acestora;*
- b) principii, sisteme și proceduri de planificare și evaluare a lucrărilor de întreținere și reparații la drumuri, poduri și construcții aferente.*

103. De asemenea, în Anexa 3 a aceluiași Normativ, sunt precizate autoritățile competente pentru avizarea și aprobarea documentațiilor pentru lucrările de întreținere și reparații din punct de vedere tehnico-economic. Intervenientul susține că petenta nu este astfel în măsură să exprime vreun punct de vedere pertinent asupra capacității de decizie cu privire la modalitatea în care se face întreținerea și repararea drumurilor din România.

104. Autoritatea contractantă, cea care a emis Normativul 554/2002 este singura în măsura să dispună aplicarea reglementărilor prevăzute de acest document și condițiile în care se pun în aplicare, chiar dacă, raportat la dispozițiile art. 5 al Normativului, construcția unui drum nou nu face parte din categoriile de drum supuse prevederilor sale.

105. Astfel, intervenientul solicită CNSC, o dată în plus, să constate că, și din perspectiva Normativului invocat sunt neîntemeiate și nefondate susținerile petentei că „nu pot fi reținute” concluziile repetate ale comisiei de evaluare, din cadrul autorității contractante ce a emis Normativul invocat, că o astfel de obligație nu a fost solicitată prin documentația de atribuire și este o sarcină a beneficiarului, întrucât este o lucrare de întreținere.

106. Nu în ultimul rând, cât privește documentul tehnic CD 155/2001, însăși titulatura sa, „Instrucțiuni tehnice privind determinarea

stării tehnice a drumurilor moderne" stabilește caracterul său de INSTRUCȚIUNE PRIVIND DETERMINAREA STĂRII TEHNICE.

107. Documentul nu prevede niciunde în cuprinsul său vreo obligație pentru constructorii de drumuri ci este un document elaborat de aceeași autoritatea contractantă, denumită la momentul elaborării documentului „Administrația Națională a Drumurilor”, ce stabilește metodologii și principii de calcul.

108. Întregul document face referire la metode de stabilire și de calcul cu privire la starea tehnică a drumurilor, are strict valoare tehnică și aplicabilitate doar în urma unor constatări și aprobări ale comisiilor tehnico-economice din cadrul autorității contractante, astfel încât, în opinia câștigătorului, nu susține cu nimic afirmațiile neîntemeiate și nefondate ale petentei.

109. În final, față de solicitarea „subsidiară” a petentei, de stabilire de către CNSC a faptului că dovezile prezentate de petentă sunt edificatoare și suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității petentei, intervenientul solicită Consiliului să o respingă atât ca fiind contrară situației personale a petentei, ce a fost deja stabilită cu puterea lucrului judecat printr-o hotărâre judecătorească definitivă, cât și ca inadmisibilă, întrucât comisia de evaluare este singura în măsură să se pronunțe cu privire la situația personală a ofertanților din procedură.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "PROIECTARE ȘI EXECUȚIE «Drum Expres ...”, cod CPV 45233100-0. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva documentației de atribuire, SC ... SRL a formulat contestația care a făcut obiectul dosarului nr. ..., soluționată prin decizia CNSC nr. ..., prin care s-a luat act de renunțarea la contestație.

În raportul procedurii nr. 24/3123/30.06.2020, s-a consemnat depunerea a 10 oferte, respingerea a 2 oferte, admisibilitatea celorlalte 8 oferte, precum și desemnarea ofertei depuse de Asociera SRL – ... SRL – SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 617.080.915,60 lei fără TVA.

Împotriva comunicărilor rezultatului procedurii transmise de autoritatea contractantă prin adresele nr. 92/39676/30.06.2020 și nr. 92/39656/30.06.2020, nr. 92/39673/30.06.2020, nr. 92/39663/30.06.2020 a raportului procedurii nr. 24/3123/30.06.2020 și a procesului-verbal de evaluare nr. 24/2172/04.06.2020, ..., ... și au formulat contestațiile care au făcut obiectul dosarelor conexe nr. ..., soluționate prin decizia CNSC nr. ..., în care Consiliul a dispus:

-în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția lipsei motivării contestațiilor depuse de, ... și invocată de autoritatea contractantă;

-în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepțiile tardivității și lipsei de interes a contestației depusă de invocate de autoritatea contractantă și intervenienta

-în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate contestațiile formulate de, de și de în contradictoriu cu SA;

-în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererile de intervenție formulate de SRL, în cadrul soluționării contestațiilor depuse de, respectiv de precum și cererea de intervenție formulată de în cadrul soluționării contestațiilor depuse de și de

Împotriva deciziei CNSC nr. ... și au formulat plângeri, ce au făcut obiectul dosarelor nr. ..., nr. ... și nr. ... aflate pe rolul Curții de Apel, soluționate prin Hotărârea civilă definitivă nr. ... din 16.11.2020, în care s-a dispus:

Respinge ca neîntemeiate excepțiile necompetenței materiale a Curții de Apel, Secția a VIII-a CAF, precum și excepțiile netimbrării și inadmisibilității invocate cu privire la cererea precizatoare a plângerii formulată de Respinge excepția lipsei de interes formulată cu privire la plângerea ca neîntemeiată. Admite plângerile formulate de petentele, ... Modifică în parte decizia CNSC. În rejudecarea contestațiilor formulate de, ...: Admite în parte contestațiile formulate de și, precum și Anulează în parte raportul procedurii de atribuire emis sub nr. 24/3123/30.06.2020, adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr.69656/30.06.2020 (pentru ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L.), nr. 39676/30.06.2020 (pentru), nr. 39675/30.06.2020 (pentru ...), nr. 39673/30.06.2020 (pentru), nr. 39663/30.06.2020 (pentru) și procesul-verbal de evaluare nr. 24/2172/04.06.2020 în ceea ce privește punctajul obținut de pentru componenta tehnică-1 Perioada de garanție a lucrărilor. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L., după cum urmează: - modul de îndeplinire a cerinței referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, lit. b); - cerința privind experiența similară în proiectare; - justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier; - reevaluarea punctajului acordat pentru personalul cheie pentru serviciile de proiectare, - reevaluarea punctajului acordat factorului de evaluare vizând perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de, după cum urmează: - sub aspectul verificării neîncadrării în prevederile art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de ..., după cum urmează: - îndeplinirea cerinței privind modul de depunere a ofertei de la cap. IV.4.3 Modul de prezentare a ofertei, pct. 7 „ oferta, documentele care o însoțesc, precum și toată corespondența între ofertanți și AC, vor fi semnate cu semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii acreditat, reprezentând documente originale, precum și a cerinței de la cap. IV.4.2

modul de prezentare a ofertei financiare, documentele de fundamentare a valorii propunerii financiare care vor fi prezentate în cadrul ofertei sunt: - lit. a)- Formularul nr. 7-formular de propunere financiară semnat de reprezentantul legal al ofertantului unic ..." - lit. b)- Anexa 1 la Formularul nr. 7-prețurile activităților/categoriilor de lucrări sau servicii semnat ...de reprezentantul legal al ofertantului unic; - lit. c)- Anexa 2 la formularul nr. 7-sumele previzionate reprezentând rezerve de implementare ...semnat ...de reprezentantul legal al ofertantului unic; - lit. d)- Anexa 3 la formularul 7-defalcarea sumelor din Anexa 1 la propunerea financiară aferente activităților subcontractate ...semnat ...de reprezentantul legal al ofertantului unic. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze punctajul acordat ofertei depuse de sub aspectul componentei tehnice-1 Perioada de garanție a lucrărilor. Admite în parte cererile de intervenție formulate de ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L. în contestațiile formulate de și și le respinge în rest în măsura admiterii contestațiilor. Admite în parte cererile de intervenție formulate de în contestațiile și și respinge în rest aceste cereri de intervenție accesorie în măsura admiterii contestațiilor. Menține în rest decizia CNSC. Respinge cererea privind anularea procedurii/contractului. Obligă intimatele autoritatea contractantă și ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L. la plata către petenta a sumei de 10.000 lei cu titlu de cheltuieli de judecată, admise în parte. Obligă intimatele autoritatea contractantă, ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L și la plata către petenta a sumei de 2000 lei cu titlu de cheltuieli de judecată, admise în parte.

Ulterior reevaluării, s-a încheiat Raportul procedurii nr. 24/2557/24.02.2021, în care s-a consemnat initial admisibilitatea a 4 oferte, printre care și a contestatorului (propunere financiară de 824.315.540,10 lei, punctaj propunere financiară - 37,43 puncte), iar în continuarea raportului excluderea ofertantului contestatorului și întocmirea de către autoritatea contractantă a următorului clasament:

OFERTANT	PRET (LEI FARA TVA)	PUNCTAJ PROPUNERE TEHNICA	PUNCTAJ PROPUNERE FINANCIARA	TOTAL PUNCTE	LOC
1. Asocierea SC ... SRL - SC SRL	617.080.915,6 0	50	50	100	I
2.	793.482.567,4 1	50	38,88	88,88	II
3.	867.123.000,0 0	50	35,58	85,58	III

Împotriva comunicării rezultatului procedurii transmis de autoritatea contractantă prin adresa nr. 92/15389/24.02.2021, ... a formulat contestația ce face obiectul dosarului nr. 529/2021.

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SA & PE CONSTRUCT SRL (locul 1 în clasament) la contestația depusă de; acesta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnat câștigător al

procedurii, potrivit raportului procedurii nr. 24/2557/24.02.2021, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă și intervenienta Asocieria SRL – ... SRL – SRL, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În soluționarea acestei excepții, Consiliul constată că în speță sunt incidente dispozițiile art. 2 și art. 3 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 2 alin. (1) *"Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi";*

- Art. 3 alin. (1) lit. f) *"persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;
și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire";

- Art. 3 alin. (3) *"În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac".*

Prin urmare, legiuitorul definește foarte clar ce înseamnă „persoană vătămată” și „interes”, respectiv faptul că orice operator economic care nu a fost exclus definitiv din procedură are interes în legătură cu respectiva procedură.

Cu privire la excepția tardivității contestației, invocată de intervenienta Asocieria SRL – ... SRL – SRL, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În acest sens, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că împotriva rezultatului procedurii comunicat de autoritatea contractantă în data de 24.02.2021, ... a transmis contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă în data de 08.03.2021, prin email (poștă electronică).

Astfel, luând în considerare că critică rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 92/15389 din 24.02.2021, despre care a luat la cunoștință la data de 24.02.2021, prin intermediul SICAP, raportat la data formulării contestației, respectiv 08.03.2021, și ținând cont de prevederile art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă, respectiv „Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau e-mail, este socotit a fi făcut în termen”, Consiliul reține că, în cauză,

contestatorul a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 5 alin. (2) și art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

În ceea ce privește excepția referitoare la puterea lucrului judecat invocată de intervenienta Asocieria SRL – SRL – SRL, Consiliul urmează să o respingă, întrucât excepția procesuală a autorității de lucru judecat presupune tripla identitate de elemente prevăzută de art. 431 C.proc.civ. (obiect, părți, cauză), ceea ce în speță nu poate fi reținut.

Pe fondul contestației formulate de, Consiliul retine următoarele:

Ofertantul a abordat în contestație două aspecte:

- a contestat decizia de excludere din procedura dispusă de autoritatea contractantă în temeiul prevederilor art. 167 alin. 1 lit c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016.

- a contestat decizia de declarare admisibilă și ulterior castigatoare a ofertei depuse de Asocieria SC SRL - SC SRL.

În ceea ce privește decizia de excludere din procedură a ofertei dispusă de autoritatea contractantă în temeiul prevederilor art. 167 alin. 1 lit c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, Consiliul o va reține ca întemeiată din următoarele considerente:

După cum rezultă din raportul procedurii Raportul procedurii nr. 24/2557/24.02.2021 și comunicarea nr. 92/15389/24.02.2021, oferta contestatorului a fost respinsă cu încadrarea acestuia în motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin.(1) lit.c) și h) din Legea nr.98/2016, în considerarea Hotărârii nr..., pronunțată de Curtea de Apel

Prin decizia menționată, instanța curții de apel, sesizată fiind cu soluționarea plângerii împotriva deciziei C.N.S.C. nr..... pronunțată în cadrul procedurii având ca obiect „Proiectare și Execuție Autostrada km 0+000 - km 100+900, Sector ... km 0+000 - km 52+770, lot 1: km 2+500 - km 20+000", a decis următoarele:

„(...) Pe de altă parte, cu privire la fondul criticilor petentei referitoare la motivele de excludere a ofertei, Curtea reține că având relevanță în cauză, următoarele dispoziții legale:

Potrivit art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016 Autoritatea contractantă exclue din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative; (...)

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate".

Potrivit art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016: „Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a- și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(5) în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de

atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

(...)

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant".

Curtea observă că, modalitatea de evaluare a ofertei este greșită, întrucât în privința acestui ofertant erau incidente cazuri de excludere.

Potrivit art. 169 din Legea nr. 98/2016:

„Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire".

.... a săvârșit o abatere profesională gravă care a determinat aplicarea sancțiunii excluderii de către, astfel că, sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016:

Ofertantul a fost sancționat pentru practici financiare incorecte, fiind inclus pe lista de excluderi a în cursul anului 2019, ofertantul a fost sancționat prin aplicarea măsurii interzicerii temporare de a mai participa în proiectele finanțate de către (en. "Condițional non-debarment").

Această situație reiese din documentul oficial emis de, care face referire la enitățile sancționate și sancțiunile dispuse, fila 125, voi. 2 dosar achiziție publică, care reprezintă mijloc de probă adecvat, în sensul art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016.

Ofertantul se face vinovat de săvârșirea culpabilă a unor abateri profesionale constând în exercitarea unor practici financiare incorecte în cadrul procedurilor de achiziție vizând proiectul "... Improvement Project' in", fapt care a condus la includerea sa temporară pe lista de excluderi a Sancțiunea aplicată a fost rezultatul încheierii unei tranzacții între compania sancționată și (en. "Settlement Agreement"), ceea ce presupune, în mod automat, o recunoaștere a vinovăției cu care au fost săvârșite faptele constatate și sancționate de către

Faptele săvârșite de către ofertantul se înscriu în sfera noțiunii de "abatere profesională gravă" în sensul art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, deoarece produc un impact semnificativ asupra integrității și reputației profesionale a operatorului economic, inclusiv prin prisma faptului că vizează aspecte financiare ale procedurii de achiziție în legătură cu care au fost constatate.

Dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 stabilesc faptul că se va dispune măsura excluderii dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ două condiții, respectiv: operatorul economic să fi comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea; și abaterea să poată fi dovedită prin orice mijloc de probă considerat adecvat. În acest sens, legiuitorul, a indicat, în mod exemplificativ deciziile unei autorități administrative.

În speță, aceste condiții sunt îndeplinite:

Astfel, abaterea profesională gravă reprezintă orice abatere care afectează reputația profesională a operatorului economic, fără a se face distincția privind modul în care aceasta a fost constatată. Dispozițiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 definesc explicit noțiunea de abatere profesională gravă ca fiind „orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă".

Concret, abaterea profesională gravă rezultă din comportamentul operatorului economic care denotă o intenție sau o neglijență de o anumită gravitate din partea sa, fapta fiind recunoscută, sancționată și certă la momentul participării acestuia în actuala Procedură de atribuire.

Ofertantul se află în intervalul de trei ani subsecvenți sancțiunilor aplicate prin decizia anterior menționată.

Din perspectiva dispozițiilor art. 171 alin. 5 lit. b din Legea nr. 98/2016 sunt întrunite condițiile de excludere având în vedere că: ofertantul a comis fapte constituind nereguli în materia achizițiilor publice astfel cum s-a constatat prin Decizia aplicate în anul 2019, situație de natură a atrage, prin ea însăși incidența excluderii în cei trei ani ulteriori comiterii abaterilor profesionale grave astfel confirmate.

Termenul de trei ani prevăzut de dispozițiile art. 171 alin. 5 lit. b din Legea nr. 98/2016 nu este împlinit în prezent având în vedere că, Decizia a fost emisă în anul 2019, iar prin Decizia CJUE din 24 octombrie 2018, pronunțată în Cauza C-124/17, s-a reținut că, durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data deciziei prin care s-a dispus sancționarea comiterii abaterilor profesionale grave.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în decizia mai sus amintită, următoarele: „Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intră sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maximă de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective”.

Prin urmare, la reevaluarea ofertantului, autoritatea contractantă va ține cont de prevederile art. 171 alin. 5 lit. b raportat la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, întrucât:

-Ofertantul se află, în prezent, în intervalul de trei ani ulteriori săvârșirii abaterilor profesionale grave și constatate, astfel cum acestea sunt definite la art. 167 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, fapta constatată definitiv de către, în 2019, este expres recunoscută de către

-In raport de perioada comiterii abaterilor profesionale grave, cât și în raport de data constatării acestora prin hotărâre judecătorească definitivă/tranzacție, momentul soluționării prezentei cereri se află în interiorul perioadei reglementate de art. 171 alin. 5 lit. b pentru incidența obligatorie a cazurilor de excludere timp de trei ani.

-Practica operatorului economic de a eluda obligațiile legale de transparență și loialitate prin informarea corectă, completă și onestă a autorităților contractante în fața cărora a continuat să depună DUAЕ, fără a preciza absolut nimic despre comiterea abaterilor profesionale grave, este ea însăși de natură a genera excluderea obligatorie din prezenta Procedură de atribuire.

Contrar apărărilor ofertantului, Curtea reține că, acesta a furnizat declarații false în DUAЕ, astfel că se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise Autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere, fiind, așadar incident motivul de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr. 98/2016.

Curtea reține că, nu este în măsură să decidă ofertantul, asupra încadrării sau nu a situației în care se regăsește în vreunul dintre motivele de excludere reglementate de legislația achizițiilor publice. Această prerogativă revine Autorității contractante care, însă, nu o poate exercita corect decât în măsura în care declarațiile oferite de către ofertant, la momentul completării DUAЕ, corespund realității, ceea ce nu a fost cazul în speță.

Așa fiind, concluzionând, Curtea reține, contrar apărărilor intimatei că, Decizia CNSC este nelegală din această perspectivă, astfel că, urmare a anulării Deciziei, de către instanță sub acest aspect, autoritatea contractantă va trebui să țină cont de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. c) și h) și art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât, ofertantul a săvârșit abateri profesionale grave constând în practici financiare incorecte, în legătură cu proiecte de achiziții publice finanțate de către, care au determinat includerea sa pe lista neagră a, iar aceste abateri profesionale săvârșite afectează iremediabil reputația profesională a ofertantului.

Totodată, intimata a furnizat declarații false în DUAЕ, omițând intenționat să declare că a fost sancționată de către; aceste "omisiuni" au caracterul unor

inadvertențe de fond în raport cu care, nu există posibilitatea Autorității contractante de a solicita clarificări. (...)”

Așadar, instanța Curții de Apel a decis definitiv, prin decizia nr.2147/18.11.2020, că intră sub incidența cazurilor de excludere prevăzute de art.167 alin.(1) lit.c) și h) din Legea nr.98/2016.

Față de aceasta, având în vedere că situația contestatorului din speța de față este identică cu cea din speța aflată pe rolul Curții de Apel, Consiliul apreciază ca fiind întemeiate susținerile din punctul de vedere al autorității contractante, decizia de respingere în discuție fiind reținută ca una legală.

Astfel, deși procedura în care s-a pronunțat decizia instanței este alta decât cea de față, situație în care autoritatea de lucru judecat a deciziei instanței nu poate fi invocată în forma excepției procesuale, Consiliul are în vedere că, pe lângă manifestarea sa de excepție procesuală, autoritatea de lucru judecat cunoaște și manifestarea de prezumție, mijloc de probă de natură să demonstreze ceva în legătură cu raporturile juridice dintre părți.

Dacă în manifestarea sa de excepție procesuală (care corespunde unui efect negativ, extinctiv, de natură să oprească o a doua judecată) autoritatea de lucru judecat presupune tripla identitate de elemente prevăzută de art.431 C.proc.civ. (obiect, părți, cauză) nu tot astfel se întâmplă atunci când acest efect important al hotărârii se manifestă pozitiv, respectiv, demonstrând modalitatea în care au fost dezlegate anterior anumite aspecte litigioase în raporturile dintre părți, fără posibilitatea de a se statua diferit.

Altfel spus, efectul pozitiv al autorității de lucru judecat se impune într-un al doilea proces care are legătură cu chestiunea litigioasă dezlegată anterior, fără posibilitatea de a mai fi contrazis.

Această reglementare a autorității de lucru judecat în forma prezumției vine să asigure, din nevoia de ordine și stabilitate juridică, evitarea contrazicerilor între considerentele hotărârilor pronunțate.

Astfel fiind, Consiliul este ținut în soluționarea speței de față de ceea ce instanța a decis cu privire la situația contestatorului în litigiul soluționat de instanța Curții de Apel, fără a avea posibilitatea de a pronunța o soluție contrară.

Or, contestatorul tocmai asta urmărește prin demersul de față, să paralizeze efectele autorității de lucru judecat de care se bucură hotărârea instanței, ceea ce nu este posibil.

Argumentul contestatorului în sensul că, în speța de față, este vorba despre o altă procedură, nu poate fi primit în soluționare pentru cele mai sus arătate, după cum nu poate fi primit nici argumentul constând în cele reținute de autoritatea contractantă în cadrul altor proceduri în favoarea contestatorului, acestea neputând fi opuse în contextul în care instanța de judecată a judecat deja situația acestuia.

Observă Consiliul că instanța de judecată a avut în vedere cu ocazia soluționării cauzei de pe rolul său și „(...) *documentul oficial emis de, care face referire la entitățile sancționate și sancțiunile dispuse, fila 125, vol.2 dosar achiziție publică, care reprezintă mijloc de probă adecvat, în sensul art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016.*” (pag.62 a deciziei), astfel

că nu pot fi invocate eventuale alte documente ale acestui organism cu intenția de a servi obținerii unei soluții contrare.

De asemenea, reține Consiliul că subzistă condițiile care au stat la baza pronunțării deciziei susmenționată de către instanță și din perspectiva termenului de 3 ani prevăzut de art.171 alin.5 lit.b din Legea nr.98/2016, care nu era împlinit la data depunerii ofertei în procedura de față și nu este împlinit nici în prezent, deoarece Decizia, după cum precizează instanța Curții de Apel, a fost emisă în anul 2019, iar conform Deciziei CJUE pronunțată în cauza C-124/17, durata maximă de excludere (3 ani) se calculează de la data constatării abaterii de organismul abilitat.

Fiind incident contestatorului și cazul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016, nu mai poate fi pusă nici problema demonstrării fiabilității de către acesta, demonstrație care este permisă doar în cazul de excludere prevăzut de lit.c), iar nu și în cazul celui de la lit.h).

Totodată, Consiliul reține că decizia de excludere a ofertantului în temeiul prevederilor art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016 este în concordanță cu Hotărârea Civilă nr. ... din 16.11.2020 pronunțată de Curtea de Apel, prin care s-a dispus, printre altele, astfel: „Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de după cum urmează:

- sub aspectul verificării neîncadrării în prevederile art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016.”

Întrucât nu s-au identificat elemente care să determine refacerea actelor de evaluare a ofertei contestatorului, decizia de respingere a ofertei acestuia va fi menținută.

In ceea ce privește cel de-al doilea capat de cerere din contestația formulată de prin care acesta solicita anularea deciziei de declarare admisibilă și ulterior câștigătoare a ofertei ASOCIERII SRL - SC SRL, Consiliul reține următoarele:

Potrivit dispozitivului Hotărârii Civile nr. ... pronunțată la data de 16 noiembrie 2020 de CURTEA DE APEL, comisia de evaluare trebuia să procedeze, în legătură cu oferta asocierii SRL - SC SRL, astfel:

„să reevalueze oferta depusă de ASOCIEREA S.R.L., ... S.R.L., prin liderul Asocierii S.R.L., după cum urmează:

-modul de îndeplinire a cerinței referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, Nota 2, lit. b);

-cerința privind experiența similară în proiectare;

-justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier;

-reevaluarea punctajului acordat pentru personalul cheie pentru serviciile de proiectare.

-reevaluarea punctajului acordat factorului de evaluare vizând perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani.”

În vederea aplicării dispozițiilor Hotărârii Civile nr. ... pronunțată de Curtea de Apel, Comisia de evaluare a transmis ofertantului asocierie SRL (lider) - SC SRL o solicitare de clarificări prin adresa nr. 24/481/13.01.2021 la care acesta a răspuns pe larg prin adresa nr. 73/20.01.2021 însoțită de anexe.

Concluziile verificării aspectelor referitoare la oferta asocierii SRL (lider) - SC SRL, reespectiv reevaluarea acestei oferte conform

dispozitivului Hotărârii Civile nr. ... se regasesc în cadrul Procesului-verbal nr. 24/1825 din 09.02.2021 emis de comisia de evaluare.

Analizand continutul documentelor mentionate mai sus, Consiliul apreciaza ca reevaluarea ofertei depuse de asocierea S.R.L., ... S.R.L., sub toate aspectele mentionate in dispozitivului Hotărârii Civile nr. ... a fost realizata riguros, concluziile din procesul-verbal nr. 24/1825/09.02.2021 fiind in totalitate intemeiate, dupa cum urmeaza:

Cerința referitoare la cifra de afaceri anuală generală, cap. III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, dar nu numai atat, ci si *„garantia asigurata autoritatii contractante ca sub aspect economico-financiar, ofertantul impreuna cu tertul sustinator SC SRL beneficiaza de suficiente resurse necesare pentru finalizarea contractului sau acoperirea in solidar a unor eventuale prejudicii determinate de neexecutarea culpabila a obligatiilor contractuale”* apar ca fiind indeplinite de asocierea S.R.L., ... S.R.L. asa cum rezulta in mod detaliat din raspunsul ofertantului si consemnarile de la paginile 12-18 din procesul-verbal nr. 24/1825/09.02.2021.

De asemenea, asa cum rezulta in mod detaliat din cele consemnate in paginile 18-31 din procesul-verbal nr. 24/1825/09.02.2021 asocierea S.R.L., ... S.R.L. impreuna cu tertul sustinator SC SRL probeaza in conformitate cu solicitarile din documentatie atat indeplinirea cerinței privind experiența similara în proiectare cat si corectitudinea punctajului acordat pentru personalul cheie pentru serviciile de proiectare.

In ceea ce priveste justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut cu referire la componenta din oferta financiară vizând prețul organizării de șantier, Consiliul constata ca ofertantul a justificat corespunzător prețul ofertat pentru organizarea de șantier de 360.000 lei, și a transmis documente concludente din care reies costurile pe care acesta le va plăti tertului susținător pentru punerea la dispoziție a Organizării de șantier și a celorlalte cheltuieli.

Din documentele prezentate si din raspunsurile la clarificari, comisia de evaluare a apreciat, in mod justificat in opinia Consiliului, ca ofertantul a confirmat că în cadrul sumei de 360.000 lei au fost incluse toate costurile necesare privind buna funcționare a organizării de șantier, a transmis documente justificative concludente în acest sens si că nu există riscul ca ulterior semnării contractului, ofertantul să solicite costuri suplimentare pentru organizarea de șantier.

De asemenea, Consiliul constată că ofertantul nu și-a modificat propunerea financiară prin răspunsul la solicitarea de clarificări adresată de Comisia de evaluare în data de 13.01.2021, nefiind aplicabile prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

In ceea ce priveste garantia lucrarii si punctajul acordat asocierii SRL (lider) - SC SRL sub acest aspect, Consiliul retine ca obligația de schimbare a stratului de uzură nu a fost solicitată prin documentația de atribuire și este o sarcină a beneficiarului, întrucât este o lucrare de întreținere, menită să remedieze uzura normală, pentru care antreprenorul nu răspunde, întrucât acest lucru este expres arătat în dispozițiile sub-clauzei 61.1 din contract.

Potrivit sub-clauzei 61.1 din condițiile de contract:

*„61.1 Antreprenorul va fi responsabil de remedierea oricărui viciu și oricărei deteriorări a unei părți a Lucrărilor ce se poate produce sau poate apărea în Perioada de Garanție și care: (a) rezultă din folosirea unor Echipamente sau Materiale defectuoase sau din proiectare de către Antreprenor sau punerea în operă necorespunzătoare; și/sau (b) rezultă din orice acțiune sau lipsă de acțiune a Antreprenorului în Perioada de Garanție. Dacă un astfel de viciu apare sau o astfel de deteriorare se produce în Perioada de Garanție, Supervizorul sau Beneficiarul vor notifica Antreprenorul cu privire la aceste vicii sau deteriorări. Notificarea va indica motivele pentru care Antreprenorul este responsabil de viciul sau deteriorarea. În Perioada de Garanție, **Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzura normală a Lucrărilor produsă, pentru fiecare parte din Lucrări, începând cu data de începere a utilizării părții respective de către Beneficiar potrivit prevederilor clauzei 59** [Utilizarea Lucrărilor înainte de Recepția la Terminarea Lucrărilor] sau, dacă nu există o asemenea dată, de la data de aprobare a Recepției la Terminare. De asemenea, Antreprenorul nu va fi responsabil pentru uzura sau deteriorări care rezultă dintr-o utilizare necorespunzătoare a Lucrărilor.” , iar sub-clauza 61.1 că: „61.2 La primirea unei notificări emise potrivit prevederilor sub-clauzei 61.1 și în conformitate cu aceasta, Antreprenorul va remedia pe propriul cost orice viciu sau deteriorare în cel mai scurt timp posibil”.*

În condițiile în care obligația de schimbare a stratului de uzură nu a fost solicitată prin documentația de atribuire și nu este în responsabilitatea Antreprenorului conform condițiilor de contract, mențiunea din capitolul 15 al Cerințelor Beneficiarului nu poate fi interpretată ca o obligație a acestuia, decizia autorității contractante de a menține punctajul acordat pentru garanția lucrării fiind, în aprecierea Consiliului, corectă.

În concluzie, Consiliul va respinge ca nefondate toate criticile formulate de contestator referitoare la evaluarea ofertei asocierii SRL (lider) - SC SRL de către autoritatea contractantă.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de în contradictoriu cu SA.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de ... SRL, în cadrul soluționării contestației depusă de

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepțiile referitoare la contestația depusă de, invocate în cauză de autoritatea contractantă și intervenientul ... SRL.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de în contradictoriu cu SA.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

OPINIE SEPARATA

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului, de respingere a contestației formulate de, în ceea ce ne privește, referitor la primul capat de cerere din contestație, opinăm că aceasta soluție nu este în concordanță cu dispozițiile legale în vigoare, având în vedere următoarele considerente:

Referitor la decizia de excludere din procedura dispusa de autoritatea contractantă în temeiul prevederilor art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, reținem ca aceasta decizie a fost luată de autoritatea contractantă în baza argumentelor cuprinse în motivarea unei hotărâri emise de Curtea de Apel într-un alt dosar (corespunzător unei alte proceduri), Hotărârea Civilă nr. ...

În Hotărârea Civilă emisă de Curtea de Apel în cauza aflată în soluționare, Hotărârea Civilă nr. ... din 16.11.2020, asupra acestui aspect s-au menționat următoarele:

„Sub acest aspect, din înscrisul invocat prin contestație, dar și prin raportare la susținerile intimatului referitor la această critică îndreptată împotriva propriei oferte, Curtea reține că se impune reverificarea modului în care autoritatea contractantă a apreciat că nu subzistă aceste motive de excludere, prin analizarea înscrisului invocat și a împrejurărilor de fapt reținute în cuprinsul acestuia, inclusiv prin raportare la modul de aplicare a dispozițiilor legale invocate prin contestație, în condițiile în care nu se invocă o chestiune pur formală, ci prin raportare la o sursă care poate fi verificată în mod obiectiv, inclusiv prin solicitarea unor clarificări din partea ofertantului cu privire la toate aceste împrejurări de fapt și relevanța acestui document cu privire la capacitatea de a-și îndeplini obligațiile din contractul de achiziție publică, dar și din perspectiva aspectelor concrete invocate referitor la pretinsa incidență a pretenției sancțiuni și asupra societăților afiliate, respectiv dacă în aplicarea prevederilor art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 98/2016, se poate imputa/impune societății ofertante din prezenta cauză o astfel de cauză de excludere prin raportare la întreaga situație de fapt invocată în susținerea primului motiv de excludere, astfel încât aceste motive de excludere să nu conducă eventual la o înlăturare formală din procedura de atribuire.”.....

„Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta depusă de după cum urmează:

- sub aspectul verificării neîncadrării în prevederile art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016.”

Problema de drept aflata in solutionarea Consiliului in cauza privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "PROIECTARE ȘI EXECUȚIE «Drum Expres" este identica, este chiar aceeași cu problema de drept solutionata de Curtea de Apel prin Hotărârea Civila nr. ... in cauza privind procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Proiectare și Execuție Autostrada de km 0+000 - km 100+900, Sector ... km 0+000 - km 52+770, Lot 1: km 2+500 - km 20+000".

Cu toate acestea, Consiliul, are obligatia sa aprecieze aspectul încadrării sau neîncadrării operatorului economic în prevederile art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor Hotărârii Civile emisa de Curtea de Apel in cauza aflata in solutionare, Hotărârea Civila nr. ... din 16.11.2020, iar concluzia care reiese din verificarea tuturor documentelor prezentate si invocate de parti este ca operatorul economic nu se incadreaza in prevederile art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016 si ca, in consecinta, excluderea sa din procedura pentru acest motiv este nelegală.

Cunoscand importanta unei practici unitare in cauze identice atat in cazul deciziilor pronuntate de Consiliu cat si de Curtile de Apel, subsemnatul apreciaza totusi ca, sub aspectul analizat, Hotărârea Civila nr. ... pronuntata de Curtea de Apel in cauza privind procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Proiectare și Execuție Autostrada km 0+000 - km 100+900, Sector km 0+000 - km 52+770, Lot 1: km 2+500 - km 20+000" este vadit eronata.

Potrivit prevederilor art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016:

„Art. 167. - (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.....

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;”

Conform documentelor aflate la dosarul cauzei, situatia se prezinta astfel:

În data de 05.06.2019 a sancționat societățile (....), ... (....) și (...) ... (.... ..), aceste societăți fiind participante la procedura de achiziție „Proiectul de îmbunătățire a coridorului de pe autostrada" din

.... a impus o interdicție de participare de 9 luni, care în baza acordului încheiat între cele trei societăți și Bancă a fost înlocuită cu o perioadă de participare condiționată în perioada 04.03.2020-03.03.2022. De asemenea, în baza regulamentului propriu al au fost incluse și cele 730 de societăți afiliate, printre care și societatea contestatoare. Sancțiunea se referă la participarea condiționată a și a afiliaților săi la procedurile derulate de către (Anexa 3 la contestație, pag 8-15).

În primul rand, reținem ca nu a participat sub nicio formă la procedura de achiziție din și, de altfel, la niciun alt proiect în (fapt confirmat de adresa emisă de Ministerul Dezvoltării Regionale și Infrastructurii din - Departamentul Drumuri, depusă

la SA), drept pentru care acest ofertant nu a comis nicio abatere profesionala, nici grava, nici mai putin grava, care sa ii puna în discuție integritatea.

În al doilea rand, sustinerile contestatorului potrivit carora este o societate complet separată, având cod de identificare diferit, conducere proprie și autonomie în desfășurarea activității, afiliată a (....) doar în termeni de acționariat, sunt sustineri solid probate în oferta depusa în cadrul procedurii.

Astfel, toate documentele prezentate de ofertantul în cadrul ofertei, privind cifra de afaceri, experienta similara, personal cheie, utilaje, etc, sunt strict ale operatorului economic, fara legatura cu

Faptul ca Regulamentul propriu prevede extinderea sancțiunilor aplicate și către societățile afiliate unei societăți participante nu are relevanta în aprecierea Consiliului, atata timp cat nu se regaseste în legislația achizițiilor publice în vigoare la nivel european.

Analizand considerentele din Hotărârea Civila nr. ... (de la pagina 61 până la pagina 64), subsemnatul constata ca acestea ar fi fost în totalitate justificate daca „ofertantul” care „se face vinovat de savârșirea culpabilă a unor abateri profesionale constând în exercitarea unor practici financiare incorecte în cadrul procedurilor de achiziție vizând proiectul "... .. Improvement Project in”, respectiv „ofertantul” care „a furnizat declarații false în DUAЕ, astfel că se face vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise Autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere prevăzut de dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr. 98/2016” ar fi fost dar aceasta situatie nu corespunde adevarului.

În realitate, pentru ofertantul nu exista nicio urma de proba ca ar fi comis vreo abatere profesionala, neavand nicio legatura cu proiectul "... Improvement Project in”, motiv pentru care nu avea cum să completeze DUAЕ, în sistemul electronic (SEAP), la rubrica „Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave” cu altă opțiune decât NU.

Retinem totodata ca, în aplicarea dispozițiilor Hotărârii Civile nr. ... din 16.11.2020 emisa de Curtea de Apel în cauza aflata în solutionare, în cadrul Procesului-verbal nr. 24/1825 din 09.02.2021, Comisia de evaluare a consemnat în mod corect următoarele:

*„Comisia de evaluare, din documentele depuse și din informațiile prezentate pentru procedura de achiziție publică "Proiectare și Execuție Drum Expres” și raportat la aria de expertiză destul de restransă și totodată la argumentele mai jos menționate, **concluzionează că ofertantul, ... nu s-ar afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, lit.c) și lit.h) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare**, întrucât în opinia prezentei comisii de evaluare, ofertantul a depus dovezi suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea, a clarificat faptele și împrejurările în care a fost emisă sancțiunea, și mai mult decât atât nu există în prezent vreo interdicție de a participa la proceduri de achiziție publică.”*

Doua zile mai tarziu, luand la cunostinta de continutul motivarii Hotărârii Civile nr. pronuntata de Curtea de Apel în cauza privind procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Proiectare și Execuție Autostrada ... km 0+000 - km 100+900, Sector ... km 0+000 - km 52+770, Lot 1: km 2+500 - km 20+000", comisia de evaluare si-a modificat opinia, în mod nejustificat, si a dispus excluderea ofertantului pentru motivele reglementate de art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, situatie consemnata în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/15389 din 24.02.2021.

Avand in vedere argumentele de mai sus, subsemnatul, membru al completului de solutionare, apreciaza ca se impunea admiterea contestatiei sub acest aspect si anulara deciziei de excludere a ofertantului pentru motivele reglementate de art. 167 alin. 1 lit. c) și lit. h) din Legea nr. 98/2016, pe care o apreciaza ca neintemeiata.

.